

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

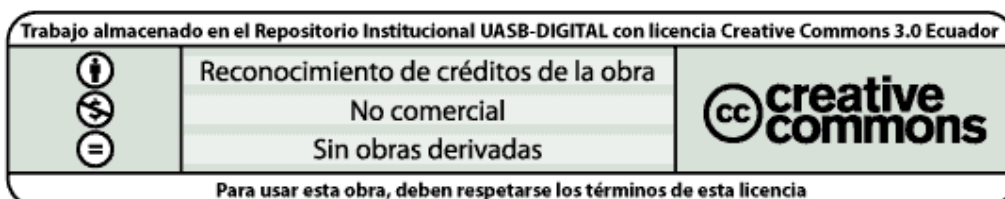
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

La reforma constitucional hacia el constitucionalismo popular: propuestas para la Constitución ecuatoriana

Holger Paúl Córdova Vinueza

Quito, 2016



CLÁUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, *Holger Paúl Córdova Vinueza*, autor de la Tesis intitulada «*La reforma constitucional hacia el constitucionalismo popular: propuestas para la Constitución ecuatoriana*», mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de *Magíster en Derecho con Mención en Derecho Constitucional* en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico.

Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma.....

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR,
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA
EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**LA REFORMA CONSTITUCIONAL HACIA EL CONSTITUCIONALISMO
POPULAR: PROPUESTAS PARA LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA**

**Autor:
HOLGER PAÚL CÓRDOVA VINUEZA**

**Directora:
Dra. CLAUDIA STORINI**

**Quito
2016**

RESUMEN

La reforma constitucional es una oportunidad democrática y un instrumento jurídico del ordenamiento estatal. Pero, al utilizar la teoría integracionista de la Constitución, su proceso reformativo posee una naturaleza político-social y se constituye en fenómeno que no puede ser explicado únicamente desde las instituciones de la dogmática constitucional porque su fin es preservar la continuidad normativa y, al mismo tiempo, política del Derecho de la Constitución.

Por ello, lo relevante para estudiar su realización es examinar el procedimiento que utiliza y la actuación que cumple la ciudadanía en él. En el caso ecuatoriano, uno de los instrumentos discutibles es el de la enmienda constitucional y las tracciones institucionales que se crean entre los derechos de participación política del pueblo, la intersección de los órganos estatales y las garantías constitucionales.

Para el análisis de la dimensión procedimental o metodológica de la enmienda constitucional, esta investigación desarrolla un marco teórico mediante los enunciados críticos del Derecho provenientes del constitucionalismo popular. A partir de lo cual es posible indagar aquellos aspectos de la Ley Mayor de 2008 que limitan las proposiciones democráticas de una política constitucional popular. El abordaje temático permite formular algunas observaciones sobre los desafíos pendientes de la democracia constitucional en Ecuador.

Del análisis realizado, son identificables los elementos del diseño institucional y de la política democrática prevista en la regla suprema que merecen ser revisados para avanzar hacia una Constitución donde el pueblo tenga mayores condiciones para participar y decidir en las cuestiones que le pertenecen.

DEDICATORIA

Para mi familia por caminar y escribir conmigo.

Para los profesores que compartieron sus conocimientos conmigo con la finalidad de expresar mi gratitud.

Para mis amigos y amigas que siguen creyendo en mí.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia por su presencia y afecto que guían mi vida.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, por sus logros y trabajo institucional en beneficio de la educación superior ecuatoriana.

Al *Dr. César Montaña Galarza*, Coordinador del Programa, por la oportunidad para este servidor y por su entrega en la formación de generaciones.

A la *Dra. Claudia Storini*, por sus permanentes orientaciones como maestra y como directora de la presente investigación.

A los Dres. Ramiro Ávila Santamaría y David Cordero Heredia, por sus valiosas recomendaciones y oportunas observaciones.

Al conjunto de docentes y personal administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, por el trabajo y la dedicación que entregan a sus alumnos.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción

CAPÍTULO I: EL LUGAR DE LAS PERSONAS COMUNES EN LA CONSTITUCIÓN Y SUS ENCUENTROS CON EN EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

1.1. La formación constitucional de la soberanía popular y su relación con el poder constituido.....	18
1.2. Los derechos políticos y la participación social en la reforma de las constituciones latinoamericanas.....	24
1.3. Aportes sustanciales del constitucionalismo popular.....	30
1.4. Críticas al constitucionalismo popular y su viabilidad institucional.....	38
1.5. Un modelo propio de constitucionalismo popular: el pueblo dialogando con los jueces en los tribunales.....	52
1.6. El rol de los jueces en la protección a las minorías sociales.....	56
1.7. Los vasos comunicantes entre los movimientos sociales y la institucionalidad en el desarrollo del constitucionalismo popular.....	60

CAPÍTULO II: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA PROBLEMÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE REFORMADOR

2.1. La legitimidad democrática del cambio iusfundamental y la Constitución como cauce del poder constituyente reformador.....	68
2.2. La Constitución como regla básica del sistema jurídico y garantía-límite del poder democrático para el mantenimiento y modificación de las reglas constitucionales.....	80
2.3. Supremacía, rigidez y garantías de la Norma Máxima.....	83

2.4. Límites y controles del poder reformador.....	90
2.5. La deliberación popular en la reforma como garantía del principio democrático....	99

CAPÍTULO III: EL CAMBIO IUSFUNDAMENTAL EN ECUADOR Y LAS TENSIONES PARA UNA POLÍTICA CONSTITUCIONAL POPULAR

3.1. Enmienda y reforma de la Ley Mayor.....	106
3.2. Derechos y democracia en la innovación de la Norma Suprema: la cuadratura del círculo.....	110
3.3. El derecho a la última palabra: el pueblo como guardián democrático del cambio en la Ley Fundamental.....	123
3.4. Propuestas para la Constitución ecuatoriana.....	133
CONCLUSIONES.....	138
BIBLIOGRAFÍA.....	142

INTRODUCCIÓN

LA REFORMA CONSTITUCIONAL HACIA EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR: “*AQUÍ EL PUEBLO GOBIERNA*”¹

La ordenación que hace el Derecho Constitucional es una construcción prescriptiva que se adjudica como núcleo de la organización jurídica estatal para encuadernar los procedimientos empleados por los poderes constituidos y proclamar los derechos de los individuos y para la convivencia. Apropiadamente, en ese itinerario, la democracia es encauzada como regla de organización política, aunque susceptible de cambio y, sin duda, es la sociedad, reconocida por el texto constitucional, el actor imprescindible para la producción de sus condiciones y alcances en un diálogo con las autoridades.

La tesis que se expone está apoyada en la siguiente afirmación cardinal: la soberanía popular implica que los individuos se gobiernan a sí mismos y la democracia constitucional requiere del pueblo y los representantes para aplicar las disposiciones predeterminadas por su sistema. No obstante, las dificultades estriban en cómo conciliar el poder de la sociedad y el Estado para precisar las definiciones constitucionales.

Mark Tushnet, uno de los ideólogos del constitucionalismo popular, proponía un debate con el título de su libro: *¿Por qué la Constitución importa?* y su respuesta consistía en que interesa porque da estructura al proceso político. Para este autor, la fuente última e inmediata para proteger los derechos no es la Ley Mayor, sino la política. La explicación que proporciona es que la gente tiene distintas comprensiones e interpretaciones sobre los derechos fundamentales y “nadie cree que todo lo que la Corte Suprema dice sobre esos derechos es la última palabra”.²

Permítaseme aún ser más específico. Una de las principales proposiciones de esta obra consiste en afirmar que el destino de los derechos está condicionado al proceso político que incide y conduce las decisiones judiciales y legislativas. Por tanto, lo que se trata es de un fenómeno entendido como “la Constitución fuera de la Constitución”. Para argumentar esta visión recurre a dos premisas: i) “lo que dice la Corte Suprema acerca de cuáles son nuestros derechos depende en forma compleja de la

¹ La frase “*Aquí el pueblo gobierna*” pertenece a Richard Parker, “*Aquí el pueblo gobierna. Un manifiesto populista constitucional*” en *Constitucionalismo popular* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana, 2011).

² Mark Tushnet, *¿Por qué la Constitución importa?* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 6.

situación política”, y ii) “algunas de las cosas que muchos creemos que son fundamentales en nuestras políticas nacionales son un resultado de la legislación y no de las interpretaciones de la Corte Suprema acerca de la Declaración de Derechos”.³

Siendo así, si los procesos constitucionales tienen como protagonistas a los órganos judiciales y legislativos que estipulan las provisiones normativas a partir de los procesos políticos fijados por la ciudadanía. Más todavía, lo que pretende identificar el debate de este autor es que la determinación política -¿definitiva?- de los derechos le corresponde al pueblo, que está detrás del parlamento, de la autoridad ejecutiva y de los jueces. En otras palabras, los poderes constituidos actúan a partir de lo que el pueblo haga. Como afirma Tushnet: “el hecho de si participamos y cómo participamos en el proceso político es lo que establece las condiciones en las que actúan nuestros políticos y de este modo las condiciones para que actúe la Corte”.

La breve reseña que realizo a la obra de Tushnet facilita situar algunas proposiciones notables del constitucionalismo popular: i) recuperar el debate acerca del rol del pueblo en la discusión y decisión de las cuestiones constitucionales; ii) impugnar la naturaleza elitista de la justicia constitucional; iii) reivindicar las movilizaciones populares espontáneas para interpretar la Constitución; iv) reconocer los esfuerzos desde la sociedad civil por desarrollar entendimientos constitucionales sin poseer cuotas formales de poder ni un líder que busque adquirirlas.⁴

La investigación que presento reanuda varios enunciados de la teoría democrática del constitucionalismo popular para proponer un análisis crítico al diseño institucional y la política constitucional en la Ley Fundamental de 2008, en la perspectiva de demandar cuál es el papel de las personas comunes sobre los apremios de la norma máxima en su proceso de modificación. Para alcanzar esa empresa, el trabajo aborda múltiples problemáticas del ordenamiento constitucional y su reforma, que son contrastadas con varias de las orientaciones de esta teoría. En palabras de Alterio,

(...), el constitucionalismo popular propicia una idea de Constitución flexible y no completamente abarcativa, la interpretación extragubernamental de la Constitución, desafiando la supremacía judicial –y en ciertos casos incluso impugnando cualquier forma de control judicial de constitucionalidad-, además intenta una mayor

³ *Ibíd.*, 6-9.

⁴ Ana Micaela Alterio, “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales” en Roberto Gargarella y Roberto Niembro Ortega (coords.) *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet* (México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 66.

democratización y participación en las instituciones políticas y económicas y recupera la relación entre derecho y política.⁵

A partir de la revisión a las relaciones conflictuales entre democracia y constitucionalismo en la reforma constitucional, la investigación sostiene la idea capital de que la base y punto de partida de la Ley Mayor es la comunidad, e insta al debate necesario sobre las significaciones democráticas de que el pueblo se convierta en el guardián máximo de la regla suprema del ordenamiento jurídico. Este postulado es proverbial porque el destino del Derecho del Ecuador deriva de quienes pretendan socavar la democracia constitucional, o no la entiendan. Desde luego, los defensores primordiales del Derecho positivo en vigor son las personas comunes que enfrentan realidades congénitas en la conformación de su autopoiesis: las normas infraconstitucionales no desarrollan aquellos axiomas supremos que deberían seguir y surgen zonas marginales y marginadas de la justicia constitucional, donde las necesidades de la gente no pueden materializarse en virtud de la Ley Fundamental y se imponen subterfugios de poder que solventan un orden simbólico dominante.

Lo que se trata, entonces, es de discutir los más altos cuidados constitucionales populares hacia una mayor calidad de vida institucional que reconozca que los sentidos que gobiernan el Derecho deben ser aquellos fundamentos resolutivos a los problemas de las personas *de a pie*.

¿De qué servirían los estudios investigativos o inaugurar una Constitución cada cierto tiempo si el ordenamiento jurídico no es capaz de proponer respuestas a las urgencias que encaran las personas comunes y corrientes?

Por eso, la reflexión sobre la reforma constitucional y sus disyuntivas democráticas que ofrece esta investigación está pensada para concluir que el Derecho de la Constitución, en rigor, es una creación y configuración de las personas comunes y que, por consiguiente, todo cambio a su cuerpo normativo debe volver a la palabra soberana del pueblo para su realización. Naturalmente, el desafío monumental consiste en descubrir, debate tras debate, concepciones apropiadas entre democracia y constitución, donde la voz de la gente común y corriente perdure en la regla suprema.

La palabra de los ciudadanos de *a pie* importa para el Derecho Constitucional porque los contratiempos de su implementación resultan de cómo aquellos la hacen genuinamente posible en sus vidas. En consecuencia, la voz y la palabra de la gente

⁵ *Ibíd.*, 68.

común tiene un carácter *sine die* para alcanzar la continuidad y estabilidad del Derecho positivo en vigor.

Ahora bien, quisiera describir los elementos metodológicos del estudio. La pregunta central del problema de investigación fue la siguiente: ¿Cuáles son las condiciones para que la reforma constitucional se convierta en una garantía del constitucionalismo popular y de la participación social para democratizar los cambios constitucionales?

Entre los objetivos específicos se formularon los siguientes:

- Determinar los argumentos y sentidos que justifiquen la necesidad de consultar a la ciudadanía en todo procedimiento de modificación constitucional como una garantía del constitucionalismo popular y los derechos de participación.
- Demostrar por qué razones el mecanismo de la enmienda constitucional por medio de la Asamblea Nacional no es una garantía del constitucionalismo popular y se presentaría como una eventual lesión a la democracia constitucional.
- Analizar las imprevisiones constitucionales e institucionales del mecanismo de enmienda constitucional que consagran la hegemonía del poder constituido con respecto al poder constituyente.
- Examinar los conflictos democráticos que se generan en la ejecución del trámite de enmienda constitucional mediante la Asamblea Nacional.

El problema jurídico de la investigación surgió fundamentalmente de la siguiente premisa: si toda Ley Mayor encarna el pacto social construido y acordado por una comunidad política, requiere de controles y mecanismos especiales de protección en caso de su reforma, por cuanto fue aprobada por una mayoría política; y, lo que estaría en riesgo es la vigencia de ese pacto al ser cambiado por una minoría política-institucional y quién sería el custodio más democrático para hacer la reforma y controlarla.

Esta tesis utilizará el método de investigación jurídico-descriptivo para descomponer los elementos normativos y democráticos que razonan la (i)legitimidad de un cambio constitucional que no recurre a la voluntad popular y la necesidad de justificar por qué la alteración del código político debe retornar a su fuente originaria.

Es un estudio crítico de la doctrina y dogmática constitucional para examinar las incertidumbres e imprevisiones iusfundamentales sobre el problema encontrado. El propósito del trabajo es revisar el sistema de proposiciones de la regla suprema del ordenamiento jurídico para una revisión sistemática que permita utilizar la teoría como

desafío metodológico. Como sugiere Bourdieu, Chamboredon y Passeron: “la prueba no es aportada por una experiencia crucial, sino por la coherencia de los indicios que la teoría permite percibir en los hechos que hasta ese momento aparecían dispersos e insignificantes”.⁶

Con el fin de aspirar a un racionalismo aplicado en la deconstrucción epistemológica del estudio, recurro a una argumentación circular como estrategia, según los siguientes supuestos:

Por el hecho de que no es sino un aspecto de la implicación mutua de la teoría y la operaciones de investigación, ‘el círculo metódico’ no es un círculo lógico: el progreso de la teoría del objeto trae aparejado un progreso del método cuya aplicación adecuada exige un refinamiento de la teoría, que es la única capaz de controlar la aplicación del método y de explicar en qué y por qué el método tiene éxito. Así se establece un movimiento que transforma al simple documento en objeto científico y que ignora la separación inmóvil que el positivismo pretende establecer entre los hechos y las interpretaciones de los hechos.⁷

Para explicar la justificación de la investigación y el problema propuesto, parto de la hipótesis de que las innovaciones constitucionales no siempre son impulsadas con la intervención de la ciudadanía en su consecución. Distintos modelos plantean mecanismos de cambio que pueden prescindir de la participación social y se procesan únicamente a partir de la intersección de la institucionalidad estatal.

De modo que es indispensable discutir a la reforma constitucional como una garantía de la soberanía y la participación social expresada en la corriente del constitucionalismo popular que persigue dos fines:

i) poner de manifiesto los distintos mecanismos utilizados en los discursos convencionales del derecho constitucional para quitarle poder al pueblo; y, ii) criticar el control constitucional de los jueces, proponiendo en su lugar el fortalecimiento de los mecanismos directos de participación popular y de las corporaciones elegidas popularmente⁸.

Esos fundamentos permiten afirmar que uno de los problemas de nuestras democracias constitucionales es que los procesos decisionales son cada vez más

⁶ Pierre Bourdieu, Jean-Claude Chamboredon y Jean-Claude Passeron, *El oficio del sociólogo. Presupuestos epistemológicos* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2008), 317.

⁷ *Ibíd.*, 321.

⁸ Jorge González Jácome, “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular” en Erwin Chemerinsky y Richard D. Parker, *Constitucionalismo popular*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2011), 13.

cerrados, discrecionales y excluyentes. Esos procesos están amparados por un ordenamiento jurídico que segrega a las mayorías y delega el poder y los procedimientos para que sean implementados por ciertos funcionarios públicos sin mayores opciones de participación social. Después, se consuman los hechos y las decisiones, sin ventanas abiertas para ingresar y ver qué pasó, por qué sucedieron y cómo hacer para repararlos. Todo esto porque las puertas están simbólicamente atrancadas.

Los modelos constitucionales actuales, pese a los cambios producidos, están consolidando formas institucionales donde a la ciudadanía únicamente le queda esperar lo que los agentes estatales deciden y cuenta con escasas herramientas para ejercer su poder en la institucionalidad estatal. Por ello, advierte Diana Durán Smela:

Lo que detecta y denuncia el constitucionalismo popular, es que el único papel que le dejan a los ciudadanos en la actualidad, es el de someterse a los dictámenes “jurídicos” de la Corte Constitucional, cuando su rol principal debería ser el de autogobernarse. En el fondo, lo que ha sucedido es que la aproximación del pueblo a sus instituciones dejó de ser política en el sentido más amplio del término, y pasó a ser un asunto exclusivamente jurídico depositado en las manos de especialistas. El intento liberal de evitar las “presiones” populares a sus instituciones ha sido muy efectivo, tanto que hoy la gente percibe el Estado, el gobierno y su funcionamiento (incluidas todas las normas que produce), como algo que ya no les atañe, y la verdad es que hace rato que efectivamente ya no les incumbe⁹.

La soberanía popular, como principio y elemento constitutivo de los estados latinoamericanos, no cuenta con dispositivos reales para que la ciudadanía se constituya en protagonista del accionar de autoridades y funcionarios públicos. Al parecer, se trata, de la permanencia de un Derecho constitucional neocolonial que persigue menoscabar las dinámicas movilizadoras y asociativas de las multitudes en los asuntos de interés común. En pocas palabras, es un Derecho que anula la política, entendida en términos de Arendt: como las facultades para actuar juntos y participar de común acuerdo en los temas que atañen nuestras vidas. El Estado y el Derecho empeñados en expandir los efectos disociativos de la política y el uso de los derechos, para hacer de estos un quehacer político sin política, confinados a los pocos sujetos elegidos selectivamente.

La idea que está en el debate es la que formulo ahora: si decimos que las cartas políticas surgieron por las luchas sociales, y son estas quienes abrieron los cauces para

⁹ Diana Durán Smela, “Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la construcción de la política pública y constitucional del bien común?”, en Luis Fernando Álvarez Londoño, edit., *Quaestiones disputatae*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012), 340.

su generación, ¿cuáles son las fuerzas fácticas que se apropian de los textos constitucionales para crear inercias y lógicas de desplazamiento de los sectores ciudadanos en la configuración de procesos que les permita hacer funcionar su norma suprema?

La investigación advertirá que si el sistema constitucional consagra dislocaciones del andamiaje estatal predominante sobre el ciudadano, esta proposición será promovida también por los jueces constitucionales y autoridades de elección popular encargados de procesar una enmienda constitucional sin recurrir a la participación del soberano.

Finalmente, para concluir esta introducción, la estructura de la tesis comprende las siguientes secciones. El primer capítulo refiere a pensar, de manera crítica e histórica, la participación social en el constitucionalismo regional, tomando como punto de mira los derechos políticos y la reforma constitucional, para lo cual desarrolla un apoyo teórico con los planteamientos más relevantes del Derecho constitucional popular, examina sus aparentes dificultades y resalta la proyección más relevante de sus aciertos en la perspectiva de buscar un modelo propio con el legado de este movimiento constitucional.

El segundo capítulo hace una revisión conceptual y analítica de la idea de Constitución como límite esencial de su momento constituyente y de su momento de modificación. Aborda la concepción de la supremacía de la Ley Mayor en el ordenamiento jurídico y explora los fundamentos para señalar sus garantías que operan como controles y límites al poder constituyente reformador.

El tercer capítulo discurre sobre las problemáticas en torno a los derechos de participación de la ciudadanía en la reforma y la intervención de los órganos del poder constituido para ejecutar la enmienda constitucional. La respuesta ahonda en las miradas para constitucionalizar la democracia al reconocer la concepción del pueblo como principal juez-garante del cambio constitucional para ejercer la última palabra en la producción de la reforma y su control. En pocas palabras: cuando el soberano participa como actor del cambio constitucional es el principal juez del control a la reforma constitucional.

De modo más importante aún, al final del tercer capítulo, la tesis propone algunos elementos clave para pensar la política constitucional en la Ley Fundamental de 2008 según las expectativas de la participación plural y diversa del pueblo en las cuestiones iusfundamentales. Por último, se definen las conclusiones del estudio y un

balance de los temas analizados en la reflexión de la teoría democrática del constitucionalismo popular.

“Some think that the Supreme Court's elaboration of constitutional law has given us a rich vocabulary of practical political philosophy. It has not. It may have given the Supreme Court and some constitutional lawyers such a vocabulary. The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The DI and the P to the Constitution give all us that opportunity. As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts”.

Mark Tushnet. *Taking the Constitution away from the courts*

“Life is a value to be bought and... thinking is the only coin noble enough to buy it”

Ayn Rand. *Atlas Shrugged*

CAPÍTULO PRIMERO

EL LUGAR DE LAS PERSONAS COMUNES EN LA CONSTITUCIÓN Y SUS ENCUENTROS CON EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

1.1. La formación constitucional de la soberanía popular y su relación con el poder constituido

La matriz institucional del constitucionalismo latinoamericano se edificó sobre modelos de organización del poder que no priorizaron la formación de sociedades libres y emancipatorias, sino procesos de dominación en distintos órdenes que fragmentaron la participación popular, condicionaron la intervención democrática al aparato estatal y debilitaron las proyecciones del poder popular.

La organización política de los Estados no logró distinguirse y separarse del centralismo autoritario del poder colonizador. En definitiva, la formación de los diseños republicanos no alcanzó a desprenderse de los diseños imperiales.

Autores como Roberto Gargarella explican la historia constitucional en la región a partir de dos ideales en disputa: autonomía individual y autogobierno colectivo desde los albores de la independencia. De allí que existirían tres formas representativas de pensar la Constitución:

Una posición conservadora, que desde los comienzos de la lucha independentista asumió la defensa de la visión más restrictiva, frente a ambos ideales. Se trató de una propuesta que propugnó organizar todo el sistema constitucional en torno a una particular concepción del bien (normalmente, una religión particular), a la vez que asumió la postura más restrictiva y elitista, en cuanto al papel que debía corresponderle a la voluntad mayoritaria, (...). Una posición republicana, que se distinguió por su enfrentamiento directo con la posición anterior, a partir de su compromiso fundamental con el ideal del autogobierno, (...). Una posición liberal que vino a invertir el orden de prioridades de la anterior, para concebir todo el orden constitucional en torno a la idea del respeto a las libres elecciones individuales, y que se mostró por ello mismo dispuesta a fijar restricciones severas frente al mayoritarismo político, que era visto como amenaza grave frente al ideal de la autonomía individual.¹⁰

Los tres modelos constitucionales intentaron diferentes diseños institucionales. El republicanismo reivindicó el ideal del autogobierno y sacrificó el ideal de la autonomía individual, el cual quedaba a merced de las apetencias de las mayorías. El liberalismo privilegió el ideal de la autonomía individual y estableció fuertes

¹⁰ Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Buenos Aires: Katz editores, 2014), 20-2.

limitaciones sobre el ideal del autogobierno con arreglos institucionales evidentemente contramayoritarios. El conservadurismo consideró la opción del control de la vida política de la comunidad en la perspectiva de priorizar valores supraindividuales y extracomunitarios por su rechazo al autogobierno colectivo y la profundización del elitismo político.¹¹

Como demostraré a continuación, existió una directa relación entre la formación vulnerable del Estado-nación con respecto a los procesos independentistas y el diseño institucional que desconoció en el poder público la participación de la soberanía popular. De allí que los Estados surgieron con incipientes mecanismos para expresar la voluntad colectiva en el nuevo diseño institucional, ósea, la formación jurídica de la soberanía popular no asumió el protagonismo del autogobierno en el proceso de toma de decisiones sino en la formulación de órganos mayoritarios representados por sujetos políticos que heredaron poderes públicos excluyentes y cerrados. De igual modo, no logró precisar suficientes límites que provengan del autogobierno colectivo sobre los órganos de representación popular.

La formación de las repúblicas en el continente estuvo marcada por los procesos libertarios de los imperios y sus herencias coloniales para la creación de los sistemas jurídicos. También llegaron los aportes del derecho constitucional universal por intermedio de las etapas históricas de los derechos humanos, las transiciones del estado monárquico al estado de derecho y la presencia del capitalismo en las relaciones interestatales.

El caso de Brasil, por ejemplo, estuvo sellado por la presencia de la corte imperial portuguesa en Río de Janeiro. A inicios del siglo XIX, Napoleón dio la orden de que no se podía mantener relaciones comerciales con Inglaterra, y como Portugal lo seguía haciendo, el emperador francés invadió, por intermedio de España, a los portugueses. Esto ocasionó que toda la corte portuguesa se dirija a Río de Janeiro. El rey Juan VI deja a Pedro I como rey de Brasil, es decir, “una monarquía independiente en territorio americano” y declara aparentemente su independencia, después se descubriría que Brasil debió pagar a Portugal ingentes recursos en libras esterlinas por su libertad¹². En esos territorios se constituirían uno de los grandes imperios esclavistas

¹¹ *Ibíd.*, 22, 348-9.

¹² Fernanda Gil Lozano, “Historia social latinoamericana: pensar la nación” en Elisa Carrió y Diana Maffía, comps., *Búsquedas de sentido para una nueva política* (Buenos Aires: Paidós, 2005), 289-291.

y recién en 1889 pasa a ser república bajo un régimen de *república vieja* que se caracterizaría por:

[...] un sistema de organización política muy particular, también se la conoce como la “república de los coroneles”. En Brasil los analfabetos no podían votar, por lo tanto votaba poca gente. Estos coroneles eran los que se encargaban de recoger esos votos; cada estado tenía un régimen que daba títulos a determinadas personas que después iba a un colegio electoral donde se elegía a un presidente. Durante esta república vieja se establece un acuerdo entre los estados de Minas Gerais y de San Pablo, que van a dirigir la política de Brasil, turnándose en el manejo del país. En los años veinte surgen en el ejército levantamientos que reciben el nombre de “tenentismo” Es un movimiento de tenientes que quiere terminar con la corrupción política y decide sublevarse. [...] Estos militares que se levantan en todo Brasil no son democráticos, quieren tener el poder y prometen una limpieza moral.¹³

Para el caso de México, su antecedencia histórica-política como Estado está vinculado a su etapa de independización labrada por su quehacer constitucional. La Asamblea Constituyente denominada Congreso de Anáhuac expidió el Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de América Septentrional, el 6 de Noviembre de 1813, en la que se declaró la disolución definitiva con los lazos políticos y jurídicos del trono español.¹⁴ Un año después, se promulgaría el documento jurídico-político de gran importancia llamado Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, conocido popularmente con el nombre de Constitución de Apatzingán, cuyo valor residen en que mencionaba por primera vez la posibilidad de una nación independiente. Este proceso se truncó por los hechos relatados a continuación:

Fernando VII fue restituido en el trono de España por efecto de la caída de Napoleón I y de la proclamación de Luis XVIII como rey de los franceses y que aquél, desde el 4 de mayo de 1814 expidió un decreto desconociendo la Constitución gaditana de 1812, reimplantando el régimen monárquico absoluto, lo que facilitó en la Nueva España la adopción de las más graves y drásticas medidas de represión y venganza contra los insurgentes por parte del gobierno virreinal.¹⁵

Posteriormente, la consumación de la independencia mexicana se produciría el 27 de Septiembre de 1821, cuando entra triunfante en la vieja capital de la Nueva España el ejército trigarante después de una campaña militar contra las fuerzas virreinales que duró siete meses. Con la integración de la Junta Gubernativa que

¹³ *Ibíd.*, 290.

¹⁴ Ignacio Burgoa, *Derecho constitucional mexicano* (México, D.F., Porrúa, 1973), 76-85.

¹⁵ *Ibíd.*, 84.

convocaría al Congreso Constituyente, expidió el Acta de Independencia del Imperio Mexicano el 28 de Septiembre de 1821.¹⁶

Las sociedades republicanas derivadas del ciclo independentista no fueron procesos que hayan ocasionado rupturas con su modelo colonial inmediatamente anterior, por cuanto las clases privilegiadas se mantuvieron y la riqueza permaneció en los mismos sectores.¹⁷ Si bien la forma republicana de los Estados pretendía ser representativa y basarse en el sufragio de unos pocos, sostuvo condiciones limitadas y restringidas en el desempeño de la autoridad, donde no era posible el ejercicio directo de la soberanía; en otras palabras, no permitía la vigencia de una democracia, incluso, las elites políticas revolucionarias desconfiaban de la ampliación de la participación porque no creían en la intervención de sectores populares ignorantes y con falta de preparación, lo cual podrían considerarlo hasta irresponsable. Según el relato de Gros Espiell:

No eran gobiernos democráticos y no podían serlo plenamente, porque se partía de la existencia de estados confesionales, católicos, sin reconocimiento o con limitadísimo reconocimiento de la libertad de cultos. A esto se agregaba que los derechos políticos estaban condicionados por la categoría laboral, o por la situación económica, por el analfabetismo y, naturalmente, por el sexo. El sufragio universal, sin exclusiones ni discriminaciones, no era reconocido en el constitucionalismo inicial latinoamericano. Pero esto era lo normal en el Derecho constitucional de la primera mitad del siglo XIX.¹⁸

Parecía que el nacimiento de los Estados del continente tuvo como denominador común la exclusión, la discriminación y el despojo de los derechos civiles y políticos a sus miembros. Enrique Ayala Mora describe así:

El Ecuador nació controlado por oligarquías latifundistas regionales, que tenían tensiones y precarios equilibrios entre sí. Por ello hemos caracterizado al nuevo país como un “Estado Oligárquico Terrateniente”, cruzado por profundas diferencias socioeconómicas, étnicas y regionales. [...] La república se asentaba en el robustecimiento de la propiedad, la reconstitución del poder legal y la exclusión de la mayoría, sobre todo indígena, mestiza y negra. [...] se estableció la representación indirecta y por departamentos, con condiciones rígidas para el sufragio. Además de la exclusión de las mujeres y de requisitos de edad o situación civil, así como saber leer y

¹⁶ *Ibíd.*, 85.

¹⁷ Héctor Gros Espiell, “Constitucionalismo y codificación latinoamericanos”, en Germán Carrera Damas, direct. y John V. Lombardi, codirect., *Historia general de América Latina* (Madrid: UNESCO y Trotta, 2007), volumen V, 450 y 451.

¹⁸ *Ibíd.*, 451.

escribir, para elegir se exigía un mínimo de propiedad y no ser trabajador dependiente. Para ser elegido para funciones públicas, el requisito de propiedad o renta era más elevado. Accedían a ellas un contado número de propietarios. Solo un 0,3 % de la población integraba el cuerpo electoral.¹⁹

El apareamiento de los Estados latinoamericanos se sustentó en formas constitucionales de restricción para el ejercicio de los derechos políticos, a pesar que declararon la soberanía popular en sus primeros textos políticos constitutivos y en la negación a la participación de los sectores populares en temas públicos. Más todavía, en el caso de la historia argentina, implementaron políticas genocidas contra gauchos, indios y afros.²⁰ Todo esto confirmaría el nacimiento de Estados intolerantes, autoritarios, racistas y donde el poder pertenecía únicamente a las elites oligárquicas: en ello residía el orden neocolonial.

Los contextos históricos del constitucionalismo y su relación con los derechos políticos se sustentaría también mediante el desarrollo de la soberanía popular con respecto al poder y las condiciones en que podían expresarse las voluntades individuales y generales. Pérez Luño lo explica así: “[...] la noción de soberanía popular es un concepto que surge en un determinado contexto histórico, [...] Pero es que incluso puede sostenerse la tesis de que la soberanía popular, más que un producto histórico, es la resultante de una determinada historia”²¹.

La idea de soberanía lleva implícita un proceso propio de democratización en las fases de conversión del Estado moderno cuando asume la noción del pueblo en su dimensión participativa, buscando diferenciarse para ser superior y trascendente de las voluntades individuales. Pérez Luño hace un recuento importante en el siguiente sentido:

[...] el concepto de soberanía aparece como el precipitado histórico de un proceso que arranca de los publicistas medievales en su revisión crítica de la idea teológica del Estado y teocrática de la Iglesia, y se concreta en la progresiva afirmación de los derechos del pueblo, entendido como *universitas*, frente al poder real. Potenciada esta tesis con las teorías monarcómacas y con la afirmación iusnaturalista de los derechos individuales, cristalizó en las declaraciones constitucionalistas del XVIII y de modo especial en los esquemas políticos de la Revolución francesa.²²

¹⁹ Enrique Ayala Mora, *Manual de historia del Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2008), tomo II, 19.

²⁰ Gil Lozano, “Historia social latinoamericana”, 299.

²¹ Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución* (Madrid: Tecnos, 1999), 189.

²² *Ibíd.*, p. 190.

Desde la división tradicional de derechos, es pertinente retomar la concerniente a los derechos políticos utilizada por Tomás-Ramón Fernández como aquellos que “[...] pretenden ante todo afirmar la plena disponibilidad del proceso político por los propios ciudadanos, a quienes corresponde en todo caso la elección de sus gobernantes y el control del ejercicio por éstos del poder que en ellos se delega, que, de otro modo, sería un poder ajeno y por eso mismo alienante.”²³

Una visión importante nos permite apreciar la influencia de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano. Los derechos políticos tuvieron un especial aporte en tanto que el escenario español se caracterizaba por la incapacidad de su sistema político para dar respuesta a los conflictos sociales, por lo que para el cambio del régimen franquista era indispensable asegurar la participación de la sociedad para restaurar su poder con relación al estado despótico. En palabras de Haro,

Proclamado rey don Juan Carlos I, comienza un prolongado y complejo proceso de transición del régimen autoritario hacia el democrático, en el que los hermanos españoles, con lucidez de criterio, amplitud de posiciones ideológicas y sensata apreciación de la crítica y concreta realidad política que les tocaba asumir, fueron encontrando soluciones de consenso para superar, en cada recodo del camino, los innumerables obstáculos que suponía el ascenso hacia las cumbres de la constitucionalidad democrática y social.²⁴

La Constitución española, en su artículo 23.1, dispone que “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes [...]”. Este derecho de participación política del pueblo en ejercicio de la soberanía y para intervenir en asuntos públicos lo encontramos en la Constitución de Colombia en el artículo 103 y la de Paraguay en su artículo 117. De igual manera, el derecho de iniciativa popular de leyes previsto en la Constitución española en el artículo 87.3, se identifica también en la Constitución argentina en el artículo 39; en la de Colombia en los artículos 103 y 106; en la de Guatemala en el artículo 227 inciso d; en la de Nicaragua en el artículo 140.4; la de Paraguay en el artículo 123.²⁵

²³ Tomás-Ramón Fernández, “Los derechos constitucionales”, en Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo, direct., *El Derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana* (Madrid: Civitas, 1997), 468.

²⁴ Ricardo Haro, “Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25º aniversario: 1978-2003)”, en Konrad – Adenauer- Stiftung, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Año 11, TOMO I, (Montevideo: Konrad -Adenauer- Stiftung, 2005), 58.

²⁵ *Ibíd.*, 71.

El derecho a la consulta popular o referéndum que consta en la Constitución española en el artículo 92.1 y 3, lo identificamos en la Constitución argentina; en la colombiana en los artículos 103, 104 y 105; la de Guatemala también lo declara; la de Nicaragua en los artículos 2 y 173 inciso 1; y, la de Paraguay en el artículo 121. En cuanto al derecho a la organización y participación en organizaciones políticas, la Constitución española lo preceptúa en el artículo 6, al igual que la de Argentina en el artículo 38; la de El Salvador en el artículo 85; y, la de Paraguay en los artículos 124 y 125.²⁶

Lo que es dable identificar, en esta primera sección, es que la construcción jurídica de la soberanía popular en la vida republicana latinoamericana fue pensada y concebida en oposición a nuestras realidades históricas y el poder democráticos que hubiera significado la inclusión de distintos sectores de la comunidad para la realización y ejercicio de los derechos políticos en la vida estatal y en los cambios constitucionales.

1.2. Los derechos políticos y la participación social en la reforma de las constituciones latinoamericanas

Los derechos políticos o de participación (en adelante, DP) han alcanzado un rol determinante para la democratización de los Estados y el fortalecimiento de la democracia. Varias concepciones han formulado las perspectivas de su ejercicio en esos ámbitos.

Un enfoque importante ha sido precisado a partir de los procesos de reforma del Estado y la implementación de controles públicos no estatales que coadyuvan a la ampliación de los servicios sociales.²⁷ Otro ha estado orientado a vincular su aplicación con el desarrollo de organizaciones sociales y los cambios en la política por medio de una democracia participativa.²⁸ La implementación de políticas públicas acompañadas de mecanismos específicos de participación es otro de las nociones utilizadas para ubicar a los derechos políticos.²⁹ La ampliación e impulso de la sociedad civil, conjuntamente con el ejercicio de libertades públicas y la activación de la política en la

²⁶ *Ibíd.*, 72.

²⁷ Luiz Carlos Bresser Pereira y Nuria Cunill Grau, “Entre el Estado y el mercado: lo público no estatal”, en Luiz Carlos Bresser-Pereira y Nuria Cunill Grau, edit., *Lo público no-estatal en la reforma del Estado* (Caracas, CLAD, Buenos Aires, Paidós, 1998), 25-56.

²⁸ Boaventura de Sousa Santos y Leonardo Avritzer, “Introducción: para ampliar el canon democrático”, en Boaventura de Sousa Santos, coord., *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2004), 35-74.

²⁹ Joan Font, “Introducción”, en Joan Font, coord., *Ciudadanos y decisiones públicas* (Barcelona: Ariel, 2001), 13-24.

vida social, se presentan como elementos relevantes para otra categoría de comprensión de las dinámicas de los derechos políticos;³⁰ y, para completar este registro de los grandes lineamientos políticos y constitucionales que explican la trayectoria de los derechos de participación, es oportuno considerar su articulación con el conjunto de los derechos humanos, el combate a la pobreza y las políticas públicas para incidir en los problemas de desigualdad, violencia y exclusión.³¹

Todas esas miradas reafirman la importancia de estos derechos para el constitucionalismo latinoamericano con la vigencia de sus sistemas democráticos. Expresan que su desarrollo supone la evolución o tensiones que pueden existir para su indispensable complementariedad y armonización con la institucionalidad. Pese a ello, y, a los amplios y contundentes ámbitos de ejercicio de estos derechos en la vida estatal y en la construcción del tejido social, se presenta una gran paradoja: siendo los derechos políticos de una trascendencia fundante y fundamental para el constitucionalismo democrático, su irrupción y protección no están plenamente garantizados en todos los procesos de reforma constitucional de los sistemas constitucionales de la región.

Es interesante repensar la relación de los derechos políticos o de participación con los procesos de reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano porque expresan y evidencian i) la falta de interrelación y sinergia participativa entre ambos ámbitos, ii) el énfasis que existe en el cambio constitucional hacia algún tipo de democracia: directa o representativa, con la falta de complementariedad entre ambas, iii) el mayor protagonismo del poder constituido en detrimento de la participación popular, iv) el reconocimiento de los derechos políticos; no obstante, al mismo tiempo, su protección y garantía en los procesos de reforma constitucional son frágiles, v) la intervención de la supremacía judicial en algunas cartas constitucionales para la reforma, a diferencia de la centralidad que antes tenía el parlamento en los textos constitucionales de orígenes más remotos, vi) la proyección del poder constituyente se transfiguraría en los mecanismos de la democracia representativa y se confunden con los esferas del poder constituido, vii) los límites de la reforma ponen límites a los

³⁰ José María Sauca Sano y María Isabel Wences Simon, “Un mapa contemporáneo de las teorías de la sociedad civil” en José María Sauca Sano y María Isabel Wences, edit., *Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías* (Madrid: Trotta, 2007), 9-19.

³¹ Marcelo Leiras, “La incidencia de las organizaciones de la sociedad civil en las políticas públicas. Definiciones, explicaciones y evaluaciones de la literatura especializada local e internacional”, en Carlos H. Acuña y Ariana Vacchieri, comps., *La incidencia política de la sociedad civil* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2007), 17-65.

derechos políticos sin activar su ejercicio; cuando estos, empero, podrían ayudar a democratizar y garantizar aquellos límites reformativos.

Para aproximarme a ese propósito, he seleccionado una muestra de diez textos constitucionales para ilustrar los desbalances entre los derechos que expresan la soberanía popular y los ámbitos más importantes para el pronunciamiento de esa soberanía: la reforma constitucional. Del mismo modo, los diseños institucionales también pueden articular aquellos procesos para establecer que la vida constitucional requiere que sus modificaciones expandan y potencialicen el poder soberano que amplifica los derechos políticos o de participación. En cuyo caso contrario, tenemos que, textos constitucionales donde los derechos políticos lejos de funcionar como garantías de la soberanía popular para el cambio constitucional y el autogobierno colectivo, operan como garantías del poder político estatal donde los órganos de representación popular condicionan y dominan al poder popular.

A continuación, haré una revisión de las Constituciones de Ecuador, Perú, Argentina, Colombia, Brasil, Venezuela, Bolivia, Chile, Uruguay y Estados Unidos Mexicanos para alcanzar los propósitos de análisis anunciados.

La Constitución ecuatoriana crea varias dimensiones institucionales para canalizar la participación social como las siguientes: a) garantía para las políticas y servicios públicos, b) principio para la gestión pública y la organización del poder, c) una Función del Estado integrada por una entidad encargada de su promoción, d) derecho articulador del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa, e) elemento constitutivo del régimen de competencias y f) deber y responsabilidad de la ciudadanía.

El cambio constitucional en el Estado ecuatoriano será analizado en los siguientes capítulos; por lo pronto, en este momento es pertinente señalar que contempla tres mecanismos: 1) enmienda, 2) reforma parcial, 3) reforma total mediante asamblea constituyente. Para el caso de la reforma parcial y total se requiere referéndum aprobatorio, que puede ser solicitado por el Presidente de la República o la ciudadanía, mientras que para el caso de la enmienda no interviene la participación social directa.

Los derechos políticos y la participación social en la reforma de la Constitución Política del Perú señalan que la iniciativa en el cambio constitucional corresponde a los siguientes sujetos políticos: i) el Presidente de la República con aprobación del Consejo de Ministros, ii) los parlamentarios, y iii) los ciudadanos con un equivalente al 0.3% de

la población electoral con la verificación y aprobación de firmas del organismo electoral.³²

Todo proceso de reforma debe ser aprobado por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificado mediante referéndum. La consulta popular de aprobación constitucional puede descartarse cuando se obtiene durante dos legislaturas ordinarias seguidas un acuerdo político con la votación de dos tercios del número legal de congresistas.³³ Lo relevante de la fundamentación constitucional peruana es que tanto en la iniciativa como el acto de la ratificación participa la ciudadanía.

Los derechos políticos y la participación social en la reforma de la Constitución de la Nación Argentina registran que la reforma constitucional está priorizada y relegada a los mecanismos de la democracia representativa. Si bien existe la posibilidad de modificación³⁴ parcial y total, para su declaración únicamente interviene el Congreso mediante sus dos terceras partes, en cuyo caso se convocará y realizará una convención nacional. En el proceso de fundamentación iusfundamental de la reforma no está concebida la participación popular directa a pesar que existe su intervención en iniciativa legislativa y para la aprobación en consulta de textos legales.

Los derechos políticos y la participación social en la reforma de la Constitución Política de Colombia³⁵ consiste en contemplar su cambio mediante la participación del Congreso, una Asamblea Constituyente o por referéndum del pueblo. Reconoce como proceso obligatorio que todo cambio realizado por el parlamento y, cuando se trate de reformas en materia de derechos y garantías, procedimientos de participación popular y sobre la institución legislativa, deberán ser sometidos a referendo.³⁶

Aunque el Congreso tiene la potestad de someter a consulta un proyecto de reforma constitucional, el Ejecutivo o los ciudadanos pueden solicitar su realización y en el referendo constarán las opciones para escoger libremente para aprobar o desaprobar.

³² *Constitución Política del Perú*, Art. 206.

³³ *Ibíd.*, Art. 206.

³⁴ *Constitución de la Nación Argentina*, Art. 30.

³⁵ *Constitución Política de la República de Colombia* [1991], tit. II, “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”, cap. I, arts. 40 y 41, disponible en el portal web de la Imprenta del Gobierno en <http://www.imprenta.gov.co/portal/page/portal/IMPRENTA/la_imprensa/Normatividad> que contiene la última modificación por el Acto Legislativo 1 de 2008, publicada en el Diario Oficial No. 47.214 de 2008. Consulta: 22 de diciembre de 2015.

³⁶ *Constitución Política de la República de Colombia*, Arts. 375 y siguientes.

La alternativa de la reforma constitucional está condicionada a la participación del poder constituyente y constituido; no obstante, existe la prevalencia del Congreso para impulsar las respectivas acciones de reforma porque aunque la ciudadanía puede ser consultada sobre diferentes mecanismos, el impulso de la mayoría de acciones para su implementación dependen del órgano parlamentario. En pocas palabras, la participación popular está subordinada a la decisión de la entidad legislativa para impulsar una reforma constitucional.

Los derechos políticos y la participación social en la reforma de la Constitución de la República Federativa de Brasil se fundamentan en que el cambio constitucional está consignado para la presentación de una propuesta de enmienda por: i) un tercio de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal; ii) el Presidente de la República, iii) más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose cada una de ellas por mayoría relativa de sus miembros.³⁷ La propuesta de enmienda no podrá abolir: a) la forma federal del Estado, b) el voto directo, secreto, universal y periódico, c) la separación de los poderes, y d) los derechos y garantías individuales.

En el ordenamiento constitucional de Brasil, la ciudadanía puede presentar proyectos de ley y esta iniciativa requiere, al menos, el uno por ciento del electorado nacional, distribuido al menos en cinco Estados con no menos de tres décimas por ciento de los electores de cada uno de ellos; no obstante, el pueblo carece de iniciativa para reformar o cambiar la constitucional. Esta atribución únicamente le compete al Congreso y la propuesta de enmienda exclusivamente a los órganos que conforman el poder constituido. Cabe indicar que el proceso legislativo comprende la elaboración de enmiendas de la Constitución según lo dispuesto en el Art. 59 de la regla fundamental. Además de no tener la iniciativa popular de reforma, tampoco está previsto que intervenga en un proceso de consulta para su validación popular.

Los derechos políticos y la participación social en la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica en que el cambio de la Ley Suprema³⁸ contiene tres escenarios distintos: i) la enmienda que se refiere a la adición o modificación de uno o varios artículos sin alterar su estructura fundamental; ii) la reforma que consiste en una revisión parcial y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales; iii) la convocatoria

³⁷ Constitución de la República Federativa de Brasil, Art. 60 y siguientes.

³⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Arts. 342-9.

a una Asamblea Constituyente para crear un nuevo ordenamiento constitucional. En los tres procesos está previsto que el pueblo tenga la iniciativa de reforma y que también pueda aprobar el producto obtenido de cualquiera de los mecanismos empleados mediante referendo. Para todos los casos la exigencia es de un número no menor del quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral para la iniciativa.

Los derechos políticos y la participación social en la reforma de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia contemplan que el cambio de la Norma Suprema del ordenamiento jurídico boliviano³⁹ puede implementarse por los siguientes instrumentos: i) reforma total mediante Asamblea Constituyente, donde puede modificarse sus bases fundamentales, derechos, deberes, garantías, primacía y reforma constitucional, ii) reforma parcial mediante iniciativa popular, por Asamblea Legislativa Plurinacional o por el Ejecutivo. Para ambos procesos puede operar la iniciativa popular para su impulso –con veinte por ciento de electorado- y también requieren de referendo constitucional aprobatorio para cualquier reforma parcial y también para la total. Lo importante es que si bien la reforma parcial puede realizarse mediante ley de reforma que necesita de mayoría absoluta, la fase de validación y aceptación del cambio concluye en la decisión popular.

Para hablar de los derechos políticos y la participación social en la reforma de la Constitución Política de la República de Chile, cabe tener presente que la iniciativa para el cambio constitucional⁴⁰ pertenece al Ejecutivo y al Congreso Nacional. El proyecto que sea aprobado por ambas Cámaras es remitido al Presidente de la República que, dependiendo de la relación de aprobación o desacuerdo del proyecto reformativo entre Ejecutivo y órganos parlamentarios, puede consultar a la ciudadanía para que diriman su aprobación. El pueblo no tiene iniciativa directa para promover una reforma y depende de los órganos del poder constituido para su participación en la ratificación de un cambio constitucional.

Los derechos políticos y la participación social en la reforma de la Constitución de la República Oriental de Uruguay corresponde a que⁴¹ puede ser reformada total o parcialmente en los siguientes casos: i) por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico Nacional, ii) los dos quintos del total de

³⁹ *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*, Art. 411.

⁴⁰ *Constitución Política de la República de Chile*, Arts. 127-129.

⁴¹ *Constitución de la República Oriental de Uruguay*, Art. 331.

componentes de la Asamblea, iii) los Senadores, los Representantes y el Poder Ejecutivo pueden presentar proyecto de reforma. En los tres casos se requiere de aprobación popular mediante consulta al electorado. Otra opción de reforma es mediante leyes constitucionales que necesitan de los dos tercios del total de componentes de cada una de las Cámaras y también serán sometidas a ratificación popular. Para aquellos casos de instalación de una convención nacional constituyente, el producto final de su trabajo y el proceso previo de convocatoria e instalación deberá contar con el apoyo popular mediante plebiscito.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace referencia a que el cambio constitucional⁴² está consignado por dos procesos: adición o reforma. Para su ejecución interviene el Congreso de la Unión con el voto de las dos terceras partes y deben ser aprobadas por las legislaturas de los Estados y de la ciudad de México. Para la Constitución mexicana, el pueblo tiene como derecho la iniciativa de presentar proyectos de ley y la posibilidad de ser consultado en temas de interés nacional; pero, en el caso de los mecanismos de cambio de la Norma Suprema no se hace referencia a que tendrá iniciativa ni la obligación de que pueda ser consultado en su aprobación definitiva.

1.3. Aportes sustanciales del constitucionalismo popular

El constitucionalismo popular⁴³ es una teoría constitucional norteamericana que ha logrado convertirse en un movimiento de reflexión sobre la supremacía judicial en el control de la Norma Máxima y las impugnaciones críticas sobre los desafíos democráticos que pueden contrastar estos procesos.

Si bien existen distintas tendencias y facciones de esta teoría, intentaré precisar sus principales señalamientos. Una de las perspectivas mayores se centra en el cuestionamiento a los jueces como los máximos detentadores de la última palabra en las decisiones constitucionales. Sobre ello, esta escuela de literatura jurídica propone la búsqueda de nuevos sentidos interpretativos con la participación de actores distintos a los operadores judiciales para que intervengan en las deliberaciones públicas acerca de

⁴² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Art. 136.

⁴³ Entre los expositores que han dado forma a esta corriente de pensamiento, es posible citar a Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, Mark Tushnet, entre otros. Para la difusión de sus ideas en latinoamérica ha sido relevante la labor de autores como Roberto Gargarella, Leonardo García Jaramillo, Roberto Niembro O., Ana Micaela Alterio y otros.

aquellos sentidos. El cometido sería activar otras voces que movilicen y empujen visiones diversas frente a las propuestas por una corte o tribunal. Más todavía, no se trata únicamente de valorar aquellas generaciones discursivas provenientes de los ámbitos públicos organizados, sino también de los no organizados, porque es ahí donde pueden forjarse otros sentidos y orientaciones para la interpretación iusfundamental.

La primera observación que podría plantearse a este movimiento jurídico consiste en la siguiente: ¿cómo hacer posible las premisas que proclama para darle mayor poder al pueblo en las discusiones sobre el significado y alcance de la Constitución?

Para aproximarnos a varias contribuciones de sus actores, precisaremos algunas de las más relevantes. Larry Kramer y Richard D. Parker han enfatizado sus estudios en identificar los diferentes mecanismos empleados en los discursos convencionales del derecho constitucional para quitarle poder al pueblo y han aportado con algunos señalamientos. El primer autor sostiene que el control constitucional de parte de los jueces no es natural y que el fortalecimiento de su rol responde a diversos enfrentamientos de las élites. El segundo ha observado que la visión tradicional del derecho constitucional prioriza el discurso que sostiene que “la gente común y corriente” no está preparada para decir la última palabra sobre los asuntos constitucionales.⁴⁴

Otros voceros como Mark Tushnet y Jeremy Waldron han ocupado sus análisis en desafiar al control constitucional que realizan los jueces, advirtiendo que se trata de un experimento fallido por su naturaleza antidemocrática y por sustentarse en el falso postulado de que los derechos están protegidos mejor por los jueces que por el Congreso.⁴⁵

En palabras de Mark Tushnet, la corriente del constitucionalismo popular (en adelante, CP) no puede ofrecer los resultados de las controversias políticas ni tampoco dictaminar los contenidos únicos de las políticas públicas. Su aporte reside en promover

⁴⁴ Jorge González Jácome, “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular”, en Erwin Chemerinsky y Richard D. Parker, *Constitucionalismo popular*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, 2011), 14-5.

⁴⁵ *Ibíd.*, 15.

orientaciones hacia la discusión pública de aquellos grandes temas que un país necesita para pensar cómo tratarlos.⁴⁶

Para Tushnet, toda la comunidad debe participar en la creación del Derecho constitucional popular –traduciendo los términos del autor- y sus dinámicas mediante acciones políticas, pero también marca un punto crítico con los derechos políticos o de participación que podrían agotar la proyección del CP, porque no engloban todas las posibilidades de la vida política. Según ese autor norteamericano, hay tres condiciones previas que merecen ser revisadas en la vida política, donde el control judicial sí podría ayudar a proteger sus precondiciones.

La primera, el voto tiene restricciones para construir el Derecho constitucional popular y no siempre permite influir en las políticas más prácticas de la vida política cotidiana. La segunda, el Derecho y práctica de la crítica a un gobierno, sobre esto considera que no siempre las críticas pueden conseguir mejores políticas, pero sí podrían tener mayor influencia para construir un mejor derecho constitucional. La tercera, la búsqueda de espacios para formar puntos de vista independientes; al respecto, la autonomía de las personas es necesaria para que puedan desarrollar sus propios análisis sobre lo que consideren la buena política y el Derecho constitucional porque, de no ser así, la vida política reproduciría rutinariamente el status quo.⁴⁷

Los referidos mecanismos de participación ayudan a ubicar las dificultades existentes en la participación política para, también, evidenciar cómo puede facilitar la interpretación iusfundamental en el desarrollo de esos mecanismos desde la perspectiva de un Derecho constitucional popular. La posición de Tushnet es controversial, porque si bien reconoce que en esas cuestiones es importante el control judicial, así como en aquellos casos de injusticias extremas, su balance de aquel busca demostrar que habría más protección de los derechos en manos de los ciudadanos comunes y que la contribución del control judicial de constitucionalidad es limitada.

Un factor de coincidencia de los defensores del CP consiste en enfatizar las maneras cómo los ciudadanos comunes y corrientes pueden participar en la política constitucional: con la perspectiva de que es un reto que se reivindica para un conglomerado social amplio que no se reduce a abogados, jueces y servidores públicos.

⁴⁶ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 194, donde señala lo siguiente: “Populist constitutional law does not determine the outcomes of political controversies or dictate much about public policy. Instead, it orients us as we think about and discuss where our country ought to go”.

⁴⁷ *Ibíd.*, 157-8. Quisiera señalar que la expresión que utiliza este autor en su obra es “populist”, que puede ser traducida textualmente como populista para referirse a lo popular.

Lo cierto es que, sin descartar los matices de cada autor, su recurrente *leit motiv* es propiciar el involucramiento para las discusiones constitucionales hacia fines relevantes como i) el tipo de gobierno que quieren y ii) el alcance de sus derechos.

Para ello, por ejemplo, lo que dicen sus promotores, en distintas formas, es que el más importante árbitro de la interpretación de la Norma Suprema es el pueblo y no necesariamente los jueces. Algunos lo denominan constitucionalismo populista y otros lo llaman popular, pero lo que también decanta su postura es una crítica fuerte al Derecho constitucional, en sus fundamentos epistemológicos, procedimentales y en debatir cuál es su naturaleza democrática que no permite a la masa social intervenir en las discusiones y decisiones de su interés.

Ahora bien, considero que uno de los legados trascendentes de esta corriente jurídica es la observación permanente que hace sobre la correlación de fuerzas para acceder al debate constitucional e incidir en él: entre jueces, autoridades administrativas y legislativas y ciudadanía en general, respecto de las estructuras de poder que definen sus interacciones. De modo más general, lo que se aprecia son discursos que interpelan y evalúan también cómo funciona el Derecho constitucional en esos contextos.

El momento histórico del surgimiento del constitucionalismo popular demuestra el interés de sus inspiradores por pensar el Derecho frente a la complejidad sistémica de las estructuras estatales en función de cuánto poder debe tener un juez constitucional en la democracia participativa. La discusión sobre este aspecto retoma el papel que tuvo la Corte Suprema en Estados Unidos sobre tres hechos cruciales del siglo XX: “i) La intervención del gobierno en la economía para superar la Gran Depresión de 1929; ii) la segregación racial que algunos Estados permitieron en sus legislaciones hasta la década de 1950; y iii) la legalidad o no del aborto, en la década de 1970”.⁴⁸

La revisión de González Jácome sobre las preocupaciones de los constitucionalistas populares estadounidenses fija como tema principal la crítica al juez constitucional, por ser la última instancia en los debates más relevantes de una comunidad y permite distinguir la determinación decisiva del operador judicial en temas de interés común como la intervención del Estado en la economía, los conflictos por la discriminación y la igualdad y las cuestiones relacionadas con las libertades individuales.

⁴⁸ Jorge González Jácome, ¿El poder de la gente?, 17-8.

Es posible percibir que, cuando el constitucionalismo popular reafirma su crítica a la supremacía judicial también es factible detectar que la crítica se enmarca en insinuar la visión elitista que concibe a los jueces como los mejores intérpretes constitucionales. Según Niembro, no todos los autores de esta visión son “anti-Corte” o “anti-control judicial”. Ese criterio permite ubicar distintas posiciones entre los constitucionalistas populares. Lo que sí puede delimitarse es que, la interpelación de fondo que hace esta teoría es que la sociedad discuta cuáles son los límites que debería tener la supremacía judicial y, frente a ello, expresar la necesidad de que la doctrina constitucional debe pensarse como una tarea colectiva, donde el protagonista principal es el pueblo, con la consideración que no puede ni debe ser el único; y, creo, sobre todo, que este último argumento es el tema de controversia en la agenda de los defensores del CP.

Para algunos como Krammer, el monopolio judicial en la interpretación iusfundamental es un factor que desestimula la participación social en ese proceso y puede convertirse en una barrera ideológica para que la ciudadanía proponga sus visiones en esas cuestiones y, peor aún, a pensar que no es posible discrepar con los jueces. Al respecto, es pertinente lo afirmado por Niembro:

En esta lógica, no se puede refutar la interpretación del Tribunal si primero no sentimos que tenemos el derecho a hacerlo. Y esto suele ser así, pues se acepta que la última palabra interpretativa la tiene el tribunal y el único medio para modificar sus criterios es cambiando su composición. De esta manera, se impregna la forma en que los jueces conciben su función, cómo deciden los casos y escriben sus opiniones; cambia la forma en que los políticos, la prensa y otros actores internalizan los fallos del tribunal, haciendo que sus efectos vayan más allá del caso particular. En suma, el monopolio judicial sobre la Constitución se ha pintado como algo inexorable e inevitable, como algo que fue pensado para ser así y que nos salva de nosotros mismos.⁴⁹

Uno de los puntos en controversia de esta teoría consiste en el siguiente señalamiento: si los debates que debe promover la ciudadanía sobre cuestiones constitucionales deben ser impulsados por la comunidad o por los jueces, o si debe hacerlo la sociedad con independencia de los operadores judiciales o, además, en contraposición a sus fallos.

Por ello, la propuesta explicativa de Tushnet, una de las versiones más radicales de la tendencia, está orientada a asociar esta corriente con el Preámbulo de la

⁴⁹ Roberto Niembro O., “Una mirada al constitucionalismo popular”, en *Isonomía* No. 38, abril 2013, 191-224.

Declaración de Derechos de Independencia de Estados Unidos (1776), porque considera que un derecho constitucional populista debe estar comprometido con principios de derechos humanos universales; pero, en tanto, puedan estar vinculados con la defensa de la autonomía y el autogobierno.⁵⁰ La defensa de esta doctrina, por parte de Mark Tushnet, apunta a identificar que se trata de encontrar mayores razones en defensa de los derechos humanos universales y que esa no es una tarea exclusiva de abogados.

El constitucionalismo populista –llamado así por Tushnet- se sustenta en la idea de universalidad de derechos y en el principio igualitario de ese Preámbulo: “todos los hombres son creados iguales”; sin embargo, también reconoce y marca cierta distancia porque considera que en la visión de los fundadores de ese proceso libertario existieron visiones racistas y sexistas; por lo que, precisamente en reconocimiento a aquellos defectos, es necesario profundizar sobre un ordenamiento constitucional popular.⁵¹

Entre los criterios que expone este autor, existe uno que permite afirmar que esta categoría y movimiento constitucional recoge varios ideales que inspiraron la Declaración de Independencia, como el reconocimiento de los derechos de las personas y su carácter de inalienables; así como el respeto a las opiniones de los individuos. Todas estas razones coincidirían con el pensamiento de los ideólogos de la Declaración, y señala también que haciendo una analogía con El Federalista, fue concebido como un tratado político y que la historia lo transformó en un documento constitucional fundamental. Lo cardinal para este autor es que la adopción de una Constitución es un proceso que abre la posibilidad de crear un gobierno por reflexión y elección; pero, fundamentalmente, en el servicio del autogobierno porque los gobiernos derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados.⁵²

Roberto Gargarella define cuatro criterios hacia una hoja de ruta para acercarse a este poderoso cuerpo de literatura jurídica: “i) desafiar la supremacía judicial quitando la Constitución de las manos de los tribunales; ii) contra una sensibilidad antipopular; iii) interpretación extrajudicial; iv) una relectura crítica sobre los efectos del control judicial; v) el derecho fuera del derecho; y, vi) democracia y participación”.⁵³

Esos criterios son definidos a propósito de analizar la obra *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review* de Larry Krammer. En el

⁵⁰ *Ibíd.*, según traducción del autor de la presente investigación, 181.

⁵¹ *Ibíd.*, 181.

⁵² *Ibíd.*, 181.

⁵³ Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en *Revista de Libros* No. 112, abril 2006, Fundación Caja Madrid, 15-18.

primero, resalta la distinción entre revisión judicial, entendida como la capacidad de los jueces para examinar la constitucionalidad de las normas y, dependiendo el caso, declarar su invalidez; mientras que la supremacía judicial corresponde a la naturaleza de los jueces que pueden convertirse en los últimos intérpretes de la Constitución.

En el segundo, lo que pretende el CP es recuperar aquellos valores de la cultura popular para reconocerlos en las decisiones judiciales y advertir que los procesos jurídicos se construyen (también) a partir de exclusiones y visiones elitistas que niegan su importancia en cuestiones como la defensa de derechos, todo lo cual debe tener un peso institucional en las responsabilidades de jueces y juristas.

En el tercero, se busca reservar un espacio para la interpretación extrajudicial de la Constitución, que en palabras de Krammer se sintetiza así:

Quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras sacan adelante sus tareas cotidianas de gobierno, pero donde su interpretación no resulta autoritaria, sino que se encuentra sujeta a la supervisión y corrección directa por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente.⁵⁴

Este criterio representa un punto de encuentro y desencuentro con los autores de la tendencia porque, para el caso de Tushnet, su planteamiento central es que la adjudicación constitucional corresponda únicamente a la ciudadanía. Una de sus principales obras se enmarca en ese postulado y se denomina *Taking the Constitution away from the courts*, lo cual puede entenderse simbólicamente como *alejar la Constitución de las cortes*.

A decir de Tushnet, “el constitucionalismo popular se ocupa de los valores que deberían animar nuestra vida pública”. Para él, es un proceso que permite ofrecer y construir argumentos de fondo orientados a modificar la Constitución: para llenar de razones populistas su mejoramiento.⁵⁵

Este autor observa que esta corriente puede impugnar a aquellos argumentos anti-populistas contra la modificación de la Ley Suprema. O sea, es la apertura a discutir sin mayores limitaciones aquellos temas que conciernen al constitucionalismo democrático. Sin embargo, si bien esta corriente pretende generar y afirmar el poder de la comunidad sobre su destino público, la observación que presento es que confía excesivamente en que la movilización de las personas en la participación y deliberación

⁵⁴ *Ibíd.*, 15.

⁵⁵ Mark Tushnet, 181.

puede propiciar los cambios constitucionales, cuando no necesariamente los colectivos y sociedades se dedican exclusivamente a actividades político-constitucionales.

En el cuarto criterio propuesto por Gargarella, el tema en cuestión es el señalamiento a la escasa capacidad de los tribunales y del órgano que le corresponda el cierre constitucional en controlar los actos provenientes del Ejecutivo o Legislativo en unos casos; y, por otros, su recurrencia a imponer agendas sobre los poderes públicos con una visión dominante del máximo ente constitucional.⁵⁶

Sobre este punto, quiero enfatizar que existen señalamientos múltiples por parte de los promotores de esta corriente constitucional y los analizaré críticamente más adelante, pero quiero precisar que hay una discrepancia muy evidente en el sentido de que, para unos, el impacto de los tribunales y sus decisiones no reivindica la necesidad de mantener la vigencia del control judicial en aspectos como las leyes; mientras que, para otros análisis, la falta de independencia de los jueces frente a los actores políticos le resta efectividad e importancia en aquellas cuestiones que deben hacer prevalecer su poder contramayoritario. Para evidenciar esas divergencias en torno a este tema que ofrece el CP, quiero traducir el párrafo final del libro de Mark Tushnet:

Algunos piensan que la elaboración del derecho constitucional por la Corte Suprema nos ha dado un rico vocabulario de la filosofía política práctica. Y no es así. Puede que haya dado la Corte Suprema y algunos abogados constitucionales tal vocabulario. El constitucionalista populista cree que el público en general debe participar en la formación del derecho constitucional de manera más directa y abiertamente. La Declaración de la Independencia y el Preámbulo de la Constitución dan a todos nosotros esa oportunidad. Como dijo Lincoln, la Constitución pertenece al pueblo. Tal vez es hora de que reclamemos desde los tribunales.⁵⁷

En el quinto elemento presentado por Gargarella hay un recuento por evidenciar el estado de desprecio del mundo jurídico a las formas en que la ciudadanía genera libremente sus sentidos constitucionales y legales.⁵⁸ Esa realidad está muy presente en nuestras sociedades latinoamericanas, donde los pueblos, culturas y nacionalidades que habitan los territorios de la región se encargan de construir y reconstruir las formas de lo jurídico, dotando de otros modos y razones para entender la constitucionalidad de sus vidas y el desarrollo. En contraposición a aquello, el Derecho realmente aplicable por los abogados y los jueces ha hecho esfuerzos serios por desconocer los aportes

⁵⁶ Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, 16.

⁵⁷ Mark Tushnet, 194.

⁵⁸ Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, 17.

culturales y sociales que provienen de los pueblos para la búsqueda de una Constitución viviente.

El último criterio explicado por Gargarella, para compendiar la obra de Krammer, se refiere a una de las preocupaciones mayores de los populistas: la necesidad de promover una mayor participación social en las estructuras políticas y económicas. Para explicar ese propósito, el autor hace una distinción entre el criterio de los progresistas y los populistas.⁵⁹ Para los primeros, su defensa se centra en la “soberanía de la razón”; mientras que, para los segundos, lo primordial es la “soberanía del pueblo”. Para el primer grupo, se trata de buscar medios como la discusión y el diálogo racional en función de discernimientos provenientes de una teoría de la democracia deliberativa. Para el segundo grupo, se trata de rescatar las manifestaciones propias de la cultura popular y observan con recelo las propuestas de los progresistas por encontrar sesgos elitistas, sin descuidar que pueden encontrarse opciones institucionales como “la rotación en los cargos, los mandatos cortos o la descentralización del poder”.

Uno de los subtítulos del capítulo octavo en la obra de Mark Tushnet se denomina *Constituting the people*. Para cuestionar la proyección del constitucionalismo popular plantearía ese título a manera de pregunta con una dimensión más amplia: ¿están constituidos los ciudadanos para activar y ser parte del constitucionalismo popular? Precisamente una de las indicaciones de ese autor es que esta corriente y el cambio constitucional popular no es un asunto exclusivo de abogados y jueces, sino que está en las manos de las personas diversas y comunes.⁶⁰

La tesis de este autor consiste en afirmar que es el pueblo el que debe crear al pueblo –en su análisis es el pueblo de EEUU- y proporcionar un discurso narrativo que pueda unir e identificar a partir de aquellas experiencias vividas como pueblo. Uno de los convencimientos de Tushnet es que, al ser la Constitución una pertenencia colectiva, la búsqueda de oportunidades reside en actuar juntos y propiciar diálogos políticos con las demás personas en los espacios como las calles, los centros de votación o hacia los legisladores como representantes de otros.⁶¹

1.4. Críticas al constitucionalismo popular y su viabilidad institucional

⁵⁹ *Ibíd.*, 18. En el presente trabajo utilicé el término populistas para consolidar el grupo de autores que defienden el constitucionalismo popular.

⁶⁰ Mark Tushnet, 182.

⁶¹ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 181.

La tesis central de la presente investigación es que la voz de los comunes es trascendental en los debates constitucionales y, según ciertos casos, como en la reforma constitucional, ¿cómo el pueblo puede tener la última palabra?, lo cual no significa que efectivamente puede ser el único actor que participe en su proceso de reformulación.

Considero oportuno para la profundización del constitucionalismo democrático reivindicar el derecho de la ciudadanía a la última palabra en la interpretación constitucional. Pero, veamos en qué formas y en qué condiciones eso es posible.

La versión más radical del constitucionalismo popular sostiene la tesis de derogar el control constitucional; mientras que, el polo más moderado considera modificar el desempeño del juez constitucional en la perspectiva de impulsar la participación de la gente común y *de a pie* en los asuntos de interés y de política pública. Para el caso de la primera visión, se trataría de un esquema que puede des-institucionalizar los aportes de este tipo de control para un Estado y un sistema republicano. A partir de ahí, también es posible poner en riesgo los avances en materia de derechos, garantías y sistemas de protección que operan mediante el control constitucional. Ese modelo propuesto podría afectar los derechos vigentes en cuanto a sus logros alcanzados y hasta a la defensa de las minorías en esta materia.

Los criterios divergentes de los padres fundadores del constitucionalismo popular pueden crear confusiones también sobre los alcances de sus réplicas. La lectura que hace Tushnet de esta teoría constitucional es de una cierta preferencia por el control de constitucional que pueda hacer el órgano parlamentario y la ciudadanía. Esta visión entraña algunas contradicciones porque, al ser la Constitución, una norma jurídica que establece límites para los actores político-partidarios y define los cauces institucionales donde aquellos actúan, sus tareas interpretativas y de control no puede mantenerse únicamente en manos de los actores político-partidarios.

Por otra parte, hay que decir que la ciudadanía encuentra diseños institucionales que desincentivan el interés en los temas constitucionales que son sujetos al control de los tribunales y de la máxima corte de un Estado. En mi opinión, son propicias las preocupaciones de esta teoría en estudio sobre la trascendencia de los temas constitucionales y la importancia de que los comunes se interesen más por ellos. Por esta razón, un tema que requiere mayor examen es: cómo hacer que los diseños institucionales formulen las condiciones de estímulo para que la ciudadanía se interese

más por estos tópicos. Se trata, también, de extender su interés sobre aquellas cuestiones constitucionales que más le afectan y que están relacionadas con cuestiones políticas.

Uno de los criterios evaluativos que propone Tushnet se refiere a las equivocaciones de los jueces en las tareas de revisión constitucional y, en una perspectiva comparativa, piensa que los legisladores pueden tener mayores aciertos que los operadores jurisdiccionales en esos quehaceres. Creo que el descrédito de los jueces que pregona este autor no puede afincarse en el demérito de la supremacía judicial por los supuestos parámetros evaluativos de lo que podría hacer otro órgano como el parlamento en su lugar. De ahí que es menester tener presente las distinciones al pensamiento de sus autores para constreñir su valor.

Me parece que la premisa que utiliza este movimiento en torno a creer que, la ciudadanía es la autora del Derecho y el desafío de buscar prácticas para afianzar el involucramiento de la gente en los ámbitos constitucionales es esencial.

El constitucionalismo popular es una corriente de reflexión jurídica que se sustenta en dos enunciados básicos: i) una desconfianza común con relación al elitismo que caracteriza al debate jurídico contemporáneo y ii) una contundente crítica por cómo ese debate prioriza y dedica excesiva atención al Poder Judicial.⁶² Esta propuesta encuentra como un factor generalizado de discusión al protagonismo del juez a la hora de decidir la última palabra en los temas de trascendencia política de una comunidad. El aporte de Kramer, desde los estudios históricos, fue la búsqueda de mecanismos institucionales para reducir la supremacía judicial como el control constitucional mediante la legislación y los mecanismos de participación popular como los derechos al sufragio, a la petición y a resistir.

El análisis crítico de Kramer se sustenta en indicar que la formación del Derecho constitucional estadounidense incorporó tendencias populistas y anti-populistas; pero, para este autor, el centro del debate fue la formación de un discurso de exaltación de virtudes y sabiduría de quienes debían ser los encargados de fijar la palabra final de la Constitución: los jueces, lo cual se sustentó por su aparente condición de preparación y prudencia, en oposición de las capacidades de los representantes de las mayorías y de los ciudadanos comunes y corrientes. Este proceso puede explicarse desde los reparos y distancias que recogía el análisis Krameriano sobre la recargada imagen del juez como operador neutral racional:

⁶² Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, 249.

[...] los jueces son considerados como personas que tienen la mejor capacidad para llevar a cabo discusiones y reflexiones razonadas sobre moralidad política, pues se encuentran aislados de los apasionados debates que se llevan a cabo entre los representantes del pueblo y entre la gente común y corriente. [...] El triunfo de la tendencia anti-populista en la segunda mitad del siglo XX, insinúa Kramer, trajo consigo que la Constitución fuera leída menos como un acuerdo entre hombres legos y más como una especie de contrato donde es necesario que el jurista neutral intervenga con sus calidades especiales.⁶³

Una vez precisadas aquellas puntualizaciones, una primera crítica al constitucionalismo popular puede desprenderse de su canon originario de contenidos fundadores. Por una parte, el fortalecimiento de la figura del juez por su carácter virtuoso y prudencial, que no es capaz de confundirse en las disputas políticas o interesadas, y que reduce la discusión constitucional al lugar privilegiado de los especialistas, mereció la férrea oposición de los pioneros de esta corriente. Sin embargo, el propósito democratizador de poner a disposición del público amplio un conjunto de herramientas deliberativas para la reflexión y la intervención política puede ser contrastado con varios elementos. La multitud de ciudadanos comunes no está exenta ni descontaminada de intereses políticos. En otras palabras, la pretensión de que la masa se convierta en el artífice de la última palabra sobre la interpretación de la Constitución debe reconocer que el pueblo enfrenta múltiples modernidades y fenómenos que no necesariamente permiten la conformación de un verdadero pluralismo cultural y político que dote de otros enfoques participativos al constitucionalismo.

Para explicarme mejor: las críticas antagónicas sobre el protagonismo de la supremacía judicial no pueden resolverse a partir de pensar que la comunidad puede desplazar a los jueces y erigirse como los sujetos racionales que deliberan y discuten sus aspiraciones inmediatas para optar por las más adecuadas interpretaciones iusfundamentales. Considero que esa visión de dividir a los actores en dos grupos contrarios: por una parte, los jueces especialistas y virtuosos que excluyen a la ciudadanía y la ubican en los márgenes de la interpretación; y, por otra, la ciudadanía activa con mayores oportunidades de definir los sentidos constitucionales, no necesariamente es una distinción para pensar y materializar un constitucionalismo democrático. No hay que descartar que ese enfoque puede trascender a otro más simplificador: los ciudadanos ideales harán un mejor papel que los jueces en las

⁶³ Jorge González Jácome, “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular”, 35.

decisiones constitucionales y los operadores judiciales satanizados por sus actuaciones excluyentes y discriminatorias.

Todo proceso deliberativo y sus formas de concreción pública está atravesado por uno o varios conflictos porque aquella es la esencia del sistema democrático. Cuando la ciudadanía impulsa cualquier dispositivo constitucional no está libre de que existan diferencias irreconciliables entre actores sociales e institucionales para el procesamiento de sus demandas por las complejidades culturales modernas que la encarnan. Lo que sí creo es que, entre sus principales aportes, el constitucionalismo popular ofrece una alternativa posible en la disputa política: un plan de acción dialogante para el desarrollo constitucional. A partir de ahí, surge otra crítica: ¿cómo construir los debates de los comunes sobre las cuestiones constitucionales?

No es factible pensar que en los problemas de la Norma Superior interviene el conjunto de una sociedad para discutirlos, ni que se suscitan los más amplios debates participativos para su efecto. De modo similar, otro de los aspectos que requiere una mayor profundización es si realmente todos los temas de índole constitucional pueden ser discutidos con la sociedad. Para tratar estas interrogantes, quisiera empezar por retomar la explicación que hace Diana Durán Smela, en perspectiva con Antonio Leal Holguín, sobre esta corriente de reflexión jurídica:

El constitucionalismo popular busca demostrar entonces que el papel del pueblo fue y ha sido esencial para la generación de la Constitución norteamericana. Primero argumenta que la Constitución como actitud y vivencia, precedió al texto formal, eso demostraría que la esencia de la Carta se encuentra en la gente y no en unos artículos, segundo que el pueblo, los ciudadanos han sido quienes la han interpretado e implementado desde siempre. De estas afirmaciones se desprenden otras consecuencias como que la Constitución vive más allá de las Cortes (movimientos sociales, costumbres populares, identidad) y por consiguiente que los ciudadanos pueden defender y nutrir en permanencia su Constitución, entendida como la carta de navegación presente que desean tener los ciudadanos para su destino común.⁶⁴

Las variaciones de los autores del constitucionalismo popular emplean los términos: populista, pueblo, ciudadanía, los comunes, comunidad, masa, multitud, entre otros; para enfatizar la relación de esta corriente de pensamiento jurídico con la soberanía popular. Más aún, una cuestión no profundizada por varios de los defensores de la doctrina en mención es: ¿a qué tipo de actor social invoca para impulsar sus

⁶⁴ Diana Durán Smela, “Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la construcción de la política pública y constitucional del bien común?”, en Luis Fernando Álvarez Londoño, edit., *Quaestiones disputatae*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012), 343.

postulados? ¿Se trata de la sociedad civil organizada? ¿Está aludiendo a la ciudadanía no organizada también? Cuando pregona al pueblo, ¿son quiénes lo integran ahora y acaso fueron los que lo integraron antes? ¿Puede ser la condición de ciudadanía una condición restrictiva para el desarrollo del constitucionalismo popular? ¿En qué momento son pertinentes para esta teoría las categorías de poder constituyente y constituido? ¿Pueden homologarse la concepción de participación popular con participación ciudadana para los propósitos de este movimiento?

La evolución de las sociedades latinoamericanas y sus estructurales problemas de exclusión y discriminación nos hablan de las esquivas condiciones para la formación de la ciudadanía y el acceso a los derechos civiles y políticos.

Al analizar la cuestión de la ciudadanía en las sociedades de la región, es oportuno repensar que el ejercicio de los derechos de participación o políticos puede suponer condiciones de dependencia al desarrollo y ejercicio de otros derechos (económicos, sociales y culturales) que, debido a las condiciones reseñadas ha significado un lento y atrasado proceso de acceso, protección y reparación. Aquello puede explicar por qué en la composición heterogénea, compleja y desigual de las sociedades latinoamericanas se encuentra mayores dificultades para promover niveles participativos y deliberativos para todos los miembros de una comunidad. En pocas palabras, estoy diciendo que los altos niveles de pobreza, inequidad y marginación en la población ha permitido indagar otras condiciones participativas del pueblo en la definición de asuntos públicos que rebasan las formas tradicionales o clásicas de participación.

Sin descuidar estas caracterizaciones del sujeto social que no son menores, considero que lo que interesa a este movimiento es proponer una lectura universal imprescindible a la hora de abrir nuevas detecciones para pensar las dificultades que existen en torno a depender del quehacer judicial para la realización del cambio social y, a partir de ahí, proponer a los ciudadanos como el camino de transformación de los derechos, lo cual no siempre es posible garantizar por la vía jurisdiccional. Empero, a pesar de ser ese uno de sus intentos significativos, también se convierte en una limitación porque las indefiniciones de este movimiento al momento de no precisar el tipo de actor social es lo que genera congestión al momento de un análisis de los contextos y formas de la intervención hacia los alcances iusfundamentales.

El constitucionalismo popular puede ser capaz de configurar momentos para la interpretación sobre el evento jurídico-político de mayor trascendencia de un Estado: el

rumbo que se le otorga a la Constitución. Para ello, promueve las formas intempestivas de movilización y participación social en la política constitucional y puede insinuar señales para su desarrollo. Vale decir que, en distintas combinaciones, este movimiento constitucional apoya la libre formación de la soberanía popular y su forma participativa en la dimensión constitucional; sin embargo, su proyecto no necesariamente cuenta con la capacidad de regular a los sistemas de justicia constitucional porque o bien, i) propone un desconocimiento del control judicial de constitucionalidad por intermedio de otros mecanismos institucionales y participativos; o, ii) proyecta el fortalecimiento de entes como el Legislativo por su representación popular; pero, ignora el asedio anti-democrático de que la participación popular sobre el lugar de la Constitución no puede subsumirse a la correlación de mayorías y minorías políticas que se presentan en un órgano parlamentario.

La perspectiva de este movimiento, en cuanto a que los problemas colectivos puedan ser enfrentados colectivamente mediante los ámbitos constitucionales, puede restablecer pugnas sustantivas donde se entretejen concepciones dicotómicas entre derechos fundamentales y soberanía popular. Al dar paso a los dos grandes reclamos de esta corriente: i) derruir el empoderamiento del poder judicial y ii) propiciar una mayor participación social; no se resuelven las controversias empíricas en los casos de derechos y libertades públicas con relación a las precisiones que requieren las decisiones mayoritarias de procedencia social. En pocas palabras, los desbordes del constitucionalismo popular y el apareamiento de sus trazos político-jurídicos difíciles de conjugar pueden resquebrajar los elementos esenciales de los derechos individuales y la autonomía personal.

Cuando Robert Post y Reva Siegel analizan el esquema teórico de Kramer para explicar la constitución como derecho, sostienen que este autor concibe el constitucionalismo popular y la supremacía judicial como agonistas y, aunque ni el pueblo ni la Corte tienen la última palabra, “la nación tiene que escoger entre asegurar el control popular sobre el significado de la Constitución o dotar los derechos constitucionales con los atributos del derecho ordinario”⁶⁵. Este enfoque representaría una falsa dicotomía porque el concepto de derechos constitucionales está enraizado en las protecciones a los derechos propios del derecho privado, es decir, “los derechos legales comunes que los ciudadanos hacen valer entre ellos”.

⁶⁵ Robert Post y Reva Siegel, “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial”, en Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático*, 127-8.

La preocupación de Post y Siegel apunta a que los derechos constitucionales deben ser judicialmente aplicados en igual forma que los derechos legales comunes, a pesar de servir a diferentes fines respecto de los últimos. Parecería que Kramer es partidario de una distinción entre esos tipos de derechos no solamente porque persiguen valores y compromisos distintos, sino porque i) requieren una estrategia global de precompromiso; ii) dependen de la idea de que las cortes son los únicos “foros de principios” que pueden aprehender adecuadamente los valores constitucionales y iii) la creencia de que las cortes son necesarias para ejercer una “función de acuerdo” que protegería al país de la anarquía social.⁶⁶

El constitucionalismo popular y la supremacía judicial son mutuamente excluyentes según la noción de democracia que se utilice para su análisis. Post y Siegel afirman que cuando se piensa aquella como “una manera bruta de sumar preferencias, del tipo de las que subyacen a algunas justificaciones crudas del mayoritarismo”. Por ello, me sumo a la premisa de estos autores cuando suponen que “los derechos constitucionales no tienen por qué ser hostiles a la democracia”. Comparto con ellos esta perspectiva:

Los derechos constitucionales pueden ejemplificar o ilustrar los mismos valores que la democracia procura establecer, y también pueden resultar necesarios para la formación discursiva de la voluntad general en la cual está basada la democracia. (...) Pero si la democracia consiste en cambio en la realización del complejo valor sustantivo del autogobierno colectivo, tenemos que ocuparnos de las condiciones bajo las cuales los individuos participan en la formación discursiva de la voluntad popular.⁶⁷

La crítica certera de Post y Siegel consiste en advertir que varios postulados del constitucionalismo popular, que ponen en entredicho a la supremacía judicial, sí pueden ser conciliables y no antagónicos porque los ciudadanos también reclaman derechos relacionados con ámbitos de libertades individuales y particulares y, eso, también tiene incidencia con el discurso público y sus protecciones, todo lo cual supone recurrir a quienes pueden cooperar en garantizarlos como los jueces y el *definitivismo* judicial. Cuando repasamos la historia de Estados Unidos, elegida por estos autores, vemos que el constitucionalismo popular puede coexistir y comprometerse con la aplicación judicial de los derechos constitucionales y con la idea de que la Constitución “refleja la autoconcepción política de la nación”.

⁶⁶ *Ibíd.*, 129.

⁶⁷ *Ibíd.*, 130.

Cuando se ubica como punto medular de bandera del constitucionalismo popular la crítica sobre el *definitivismo* judicial, se ignora que los derechos judicialmente aplicables intervienen con un papel relevante en la garantía de las condiciones de ese constitucionalismo, el cual también aporta significativamente en la articulación de los valores fundamentales que los derechos judicialmente aplicables ejemplifican. Más allá de ese juego de palabras construido a partir de las líneas de investigación de Post y Siegel; quiero marcar una posición: ciertamente, las tensiones y conflictos entre aquellos elementos también desempeñan un papel importante para el desarrollo tanto de esta forma de constitucionalismo y su elemento básico: el autogobierno colectivo; así como, de los derechos judicialmente aplicables.

Creo firmemente que para su profundización se requiere responsabilidad y serios compromisos normativos y jurisprudenciales, donde la autoridad judicial pueda demostrar que el autogobierno constitucional no puede ser vaciado de contenidos por la defensa de la supremacía judicial porque en el fondo está en riesgo el sentido de los derechos. Soy partidario de que las disputas entre constitucionalismo popular y derechos judicialmente aplicables traen beneficios para las preocupaciones por la democracia y no necesariamente expresan una alternativa acorralada de preferir lo primero o lo segundo. No es posible centrarse en una defensa excluyente del constitucionalismo popular porque los grandes principios y valores que constan en la Norma Suprema se materializan mediante la garantía de operadores jurisdiccionales que los hagan valer; por ello, es discutible el perfil de oposición de la teoría constitucional en estudio porque ahí puede encontrar su principal alianza para fortalecer los cuestionamientos que rechaza. De ahí que, un juego de suma cero entre ambos aparatos conceptuales sería hacer que la Constitución como Derecho valga poco.

A vueltas con la refutación que hace el constitucionalismo popular sobre el quehacer de cortes y tribunales, también procede repensar esa objeción para hacer un parangón sobre su desempeño en un momento histórico concreto de Estados Unidos y las evidencias que podemos encontrar sobre las contribuciones de jurisdicciones progresistas en países como Colombia, Canadá, India, Sudáfrica; entre otros. Existen estudios que demuestran el impacto de los tribunales⁶⁸ sobre los derechos sociales de las cortes en el Sur Global, lo cual puede desvanecer varias impugnaciones de los autores

⁶⁸ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, (Buenos Aires: Siglo XXI, 2015).

de la teoría constitucional en estudio sobre los errores o escasos aportes de los tribunales para el cambio social.

Aunque en la actualidad existen avances notables sobre la teoría y la práctica de las intervenciones judiciales en cuestiones estructurales socioeconómicas, aquello no quiere decir que han cesado las limitaciones legales y técnicas de la capacidades de los tribunales para ocuparse de la justiciabilidad de los DESC (en adelante, derechos económicos, sociales y culturales) y sus problemas. El caso de la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Suprema de la India, como casos emblemáticos, enfrentan dilemas que ponen de manifiesto el progresismo del activismo judicial sobre los derechos. Entre esos, pueden citarse: “el agotamiento institucional, las dificultades para medir los progresos y el aumento de las exigencias de los ciudadanos, quienes pretenden que los tribunales se involucren en los casos de violaciones masivas de DESC”.⁶⁹

Las dificultades de las cortes en la justiciabilidad de los derechos y la profundización de la democracia constitucional persisten. De todos modos, y llegados a este punto, aquellas difieren de las que se suscitaban en los orígenes del constitucionalismo popular. Coincido con esta doctrina en la validez que representa el optar por impugnar las decisiones judiciales y sus efectos para la vida del Derecho constitucional y sus fuentes democráticas. La objeción que hago y, de esta forma tomo una posición sobre esta teoría en estudio, es: la necesidad de acoger varios postulados del constitucionalismo popular que explicaré más adelante, pero que, en definitiva, resaltarían la importancia de los tribunales en la defensa de los derechos y, más todavía, el rol preponderante de la ciudadanía para asistir y acompañar ese proceso. Ello así, comparto la crítica que hace Diana Durán Smela:

El problema que sigue estando presente y que detecta el constitucionalismo popular es que los efectos de las decisiones judiciales quedan muy disminuidos si no son el resultado del diálogo hacia adentro, hacia afuera (ciudadanía) y de abajo hacia arriba (ciudadanos, aplicadores y decisores). Sin el apoyo de las otras ramas, ejecutivo y legislativo y sin el respaldo y aceptación popular, sus medidas se tornan ineficaces la mayoría de las veces.⁷⁰

El constitucionalismo popular ofrece variados postulados para pensar los procesos sociales que estarían implicados en la construcción del Derecho, lo cual puede

⁶⁹ Ibid., 53.

⁷⁰ Diana Durán Smela, “Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular”, 348.

resultar incompatible con una visión de considerar al órgano de cierre constitucional como el intérprete final de la Norma Máxima. Sin embargo, esos procesos representan interacciones entre actores sociales que confluyen para la búsqueda de significados jurídicos, para lo cual una crítica que puede agudizarse es que los diseños institucionales no solamente que no contemplan suficientes mecanismos para procesar esas interacciones, sino que carecerían de instrumentos suficientes para lidiar con desacuerdos normativos entre la sociedad civil y el tribunal o corte encargado de la interpretación final.⁷¹

Esta observación es pertinente por cuanto las decisiones sobre las provisiones constitucionales enfrentan procesos complejos que no concluyen con actos jurisprudenciales, y tampoco estos resuelven aquellos por completo. Considero que desde ese punto de vista, y en parte como consecuencia del carácter múltiple de la producción jurídica por parte de diferentes sujetos, el constitucionalismo popular plantea las diferencias que pueden existir en la relación entre la sociedad civil, el tribunal de cierre constitucional y los otros poderes estatales en los procesos interdependientes para la construcción del Derecho, pero no contiene los caminos para que esas interacciones y desacuerdos normativos puedan encontrarse, aunque, de ello, dependen mucho los modelos institucionales.

Otra crítica importante discurre a partir de posicionar un probable falso dilema: “o se acepta que la decisión del Tribunal no es final y entonces no se está obligado a cumplirla, o se reconoce que la decisión del Tribunal debe ser respetada y por ende se admite que la interpretación es final y definitiva para las partes del caso”.⁷² Una palabra que podría condensar varias concepciones que sustentan esta corriente es la disconformidad con el Derecho vigente y, esencialmente, “disconformidad con los modos en los que se pretende crear, aplicar e interpretar”.⁷³ El constitucionalismo popular reside en la búsqueda de espacios participativos, más allá de las instituciones, para tomar la palabra por nuestra propia cuenta y “sin que tengamos que esperar a que la voz nos sea concedida”.

⁷¹ Ramiro Álvarez Ugarte, “El constitucionalismo popular y los problemas de la ‘última palabra’: apuntes para un contexto latinoamericano”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, No. 1, noviembre de 2012, 75-125.

⁷² Roberto Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, 220.

⁷³ Diego Freedman y Juan Manuel Otero, “Diálogo con Roberto Gargarella sobre constitucionalismo popular”, en *Jura Gentium*, rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, 2007, publicada en <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freeoter.pdf>>. Consultada: 24 de mayo de 2016.

Dicho de otro modo, uno de sus propósitos es transformar la autocomprensión de las élites sobre su relación y construcción del Derecho e impugnarlo para abogar por la presencia participativa de todos los implicados con el fin de que el pueblo se convierta en el intérprete supremo de la Constitución. Así, el desafío no podría consistir en plantear como ámbitos antagónicos a la supremacía judicial y el acatamiento de los fallos. Bien entendida, la aclaración de Niembro es oportuna sobre la lectura que hace de Kramer:

[...] éste no busca que los fallos del tribunal sean desobedecidos cuando las otras ramas del gobierno estén en desacuerdo con su interpretación, sino sólo que éstas no estén vinculadas por la doctrina judicial y, por tanto, puedan interpretar la Constitución de manera distinta a como lo hace el Tribunal. Así, por seguir con el ejemplo que Post y Siegel dan en su trabajo, si se declara la inconstitucionalidad de una ley con base en la cual se priva de libertad a una persona, la postura de Kramer no lleva a suponer que la administración pueda negarse a dejarlo en libertad, es decir, a cumplir con el fallo.⁷⁴

En mi opinión, coincido con Niembro en rescatar la importancia que le proporciona Kramer en la distinción entre el fallo y la doctrina que integran una sentencia, porque la interpelación que puede hacer esta corriente está orientada con la no vinculación de los otros poderes estatales a la doctrina judicial. Lo que me parece es que al ser uno de los planteamientos medulares de esta corriente el rechazo a la supremacía judicial por su visión monopolizadora y concentradora de crear el Derecho sin la intervención de la sociedad y de los distintos órganos del poder público, lo que está de por medio es la insistencia de que sea el pueblo quien conserve la última palabra para interpretar la Norma Máxima, lo cual supone una convergencia amplia y sostenida de distintas opiniones que interactúan para dialogar con la más alta de las Cortes o Tribunales de un Estado; ósea, en resumidas cuentas, al garantizar ese procedimiento durante el quehacer interpretativo es posible que cualquier fallo acentúe la confianza y legitimidad para su obediencia por la comunidad.

Los órganos encargados de la guarda del texto constitucional deben ser plenamente receptivos de las expresiones y reclamos ciudadanos. Particularmente, y según diré, la discusión sobre el reconocimiento que tendría el pueblo para decir la última palabra propondría la siguiente interrogante: ¿cómo podrían los comunes crear incidencia ante los órganos jurisdiccionales? Señalaré que, en su intento por construir mayor legitimidad social, la ciudadanía recurre a formas de protesta porque los canales

⁷⁴ Roberto Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, 220.

institucionales no necesariamente aseguran mecanismos de entendimiento que permitan el progresismo jurisprudencial.

Las opciones que tiene la masa podrían depender de que los diseños institucionales sean -más o menos- participativos para que la integridad de la Constitución pueda dar cabida al activismo social. De allí que –y esta no es una cuestión, solo en principio, formal- los modelos institucionales sí pueden influir para determinar una institucionalidad jurisdiccional permanentemente abierta que permita a los comunes participar y cuestionar la autoridad del Derecho para ser parte de las provisiones constitucionales. Ante lo cual, los tribunales deben asumir aquel reto como una responsabilidad. Sin embargo, a pesar de todo ello, resulta claro que los esquemas institucionales fluyen y operan en consonancia con los principios, derechos y garantías que construyan un constitucionalismo con el activismo de los comunes. Para ponerlo de un modo más claro, la relación participativa de la ciudadanía en temas como la reforma constitucional pueden ser una muestra de aquello. Los principios y derechos políticos pueden estar declarados, pero la vía de la enmienda constitucional –en el caso ecuatoriano- no asegura la intervención popular mediante consulta final sobre la decisión última de los cambios en la Norma Máxima. Desde aquí en más pensaría que el catálogo de derechos políticos no puede operar plenamente cuando el diseño institucional no perfecciona una fundamentación disensual del constitucionalismo para la participación popular en el mecanismo de la enmienda.

Por esta razón, no es dable plantear la siguiente inquietud: ¿cuál podría ser el mecanismo participativo más determinante para hacer viable los mayores postulados del constitucionalismo popular? Y expreso mi negación porque precisamente los derechos son los mecanismos más participativos para conferir un constitucionalismo con inclusión democrática de la comunidad; pese a ello, si bien un primer inconveniente podría ser que si los mecanismos participativos no cuentan con instancias decisivas y de incidencia social, también los diseños institucionales pueden crear obstáculos para la apertura democrática y difuminar la idea de pensar el papel del pueblo como intérprete constitucional. Máxime en una arquitectura institucional que puede contener escollos para incentivar la participación popular en el referido papel.

Tampoco considero que los estímulos más sobresalientes para este fin pueden ser pensados únicamente desde la discusión de las formas de selección y los perfiles para el nombramiento de jueces guardianes de la Constitución; todo lo cual, según el diseño que se establezca, no podría irremediablemente acercar a los movimientos

sociales y al activismo popular en las decisiones judiciales. Distingo la forma de elección de los jueces del tipo de diseño del constitucionalismo porque, sino se asegura la gestación incluyente y deliberativa de este último, los jueces electos –con renovados sistemas- no podrán impulsar un constitucionalismo abierto que se comunique con las manifestaciones y reclamos de las personas comunes, a pesar de que los jueces tengan una procedencia de vinculación con los colectivos sociales.

Según diré, los intentos de cambio que propone el constitucionalismo popular pueden interpelar también el tipo de participación en la vida constitucional con la consideración –esencialmente- de que es indispensable desterrar el imaginario de la Constitución definida particularmente por los tribunales y sería un sofisma pensar que ese cambio supone discutir aisladamente los distintos factores para su realización. De ahí que podría ser una visión diminuta agotar el constitucionalismo popular al tema de la participación; cuando, de lo que se trata, es de incluir en el Derecho la existencia de diversas fuentes de cambio social que pueden encontrarse en los aportes de los comunes hacia un activismo progresista judicial y el establecimiento de un constitucionalismo respetuoso de los diálogos, las protestas, la movilización y los disensos para la búsqueda de los significados constitucionales.

Una de las bases conceptuales del constitucionalismo popular es cómo aumentar la legitimidad democrática de la Constitución. Esta aspiración se sostiene a partir de rescatar las movilizaciones efectivas de los ciudadanos a favor y en contra de los esfuerzos judiciales por aplicar la Norma Máxima.⁷⁵ Empero, lo que está en juego es la articulación de diferentes colectivos y pueblos para cambiar paulatinamente las percepciones populares de comprender el texto constitucional porque “el derecho no existe como tal antes de las luchas políticas sobre su significado” según Post y Siegel.

Las críticas orientadas a la corriente del constitucionalismo popular deben tener presente mayores sensibilidades democráticas⁷⁶ porque también pueden derivar en peligros para la profundización de los desafíos más legítimos de esta teoría jurídica. Así, la principal crítica debe estar marcada por una premisa axial: no perder de vista que el objetivo liminar de esta corriente es discutir cómo el pueblo puede recuperar y

⁷⁵ Leonardo García Jaramillo, “Introducción”, 26-7.

⁷⁶ Es oportuna la aclaración de Niembro cuando señala que: “lo que buscan es romper con la visión tradicional sobre el proceso de interpretación según la cual los tribunales tienen un marcado protagonismo, recordándonos el papel político que podemos jugar a través o más allá de las instituciones. En términos habermasianos se trata de “la lucha por el reconocimiento”, es decir, aquella sostenida públicamente por la sociedad civil para que las constelaciones de intereses y conflictos que se producen en la periferia sean abordados por las instancias políticas correspondientes, lo cual depende sobre todo de su vitalidad e impulso”; en “Una mirada al constitucionalismo popular”, 222-3.

(re)construir sus objetivos constitucionales y ser los principales intérpretes de la Norma Suprema. Para viabilizar ese primer cometido se requiere de las políticas públicas, las decisiones judiciales, las iniciativas y las reformas legislativas, entre otros ámbitos; lo cual depende de las habilidades públicas y los repertorios deliberativos para debatir con los órganos del poder público y ser parte del Derecho constitucional que producen.

1.5. Un modelo propio de constitucionalismo popular: el pueblo dialogando con los jueces en los tribunales

La concepción del constitucionalismo popular plantea ciertas precondiciones para renovar las tareas interpretativas de la Constitución con la finalidad de proponer elementos más amplios que puedan crear otras tendencias para los dos esquemas tradicionales de este quehacer jurídico y político: textualismo e interpretación libre.

La postura que adopto en esta investigación es adherirme al criterio de que a los jueces no les corresponde la primera y la última palabra en la adjudicación constitucional, porque considero que esta labor debe ser compartida con los actores sociales y los pueblos para definir conjuntamente los sentidos y significados iusfundamentales. En todo caso, tampoco creo en las posturas más radicales de la teoría en estudio que consideran la escasa contribución de los operadores judiciales y los máximos órganos de control constitucional para el desarrollo de los derechos.

Sostendré que para aportar con los equilibrios y objetivos del constitucionalismo democrático: los jueces tienen un rol fundamental. Sin embargo, es dable pensar, por una parte, que es relevante la intervención de la legislatura, los operadores de políticas públicas y las decisiones judiciales en la implementación constitucional. Más aún, es dable pensar que también lo es la participación de los movimientos sociales y las comunidades al momento de intervenir en la resolución de las pugnas de los mandatos supremos.

Las diferencias que se expresan entre la corriente del constitucionalismo popular y la del constitucionalismo democrático que propongo son necesarias para que las demandas sociales puedan recibir respuestas oportunas y pertinentes desde el Derecho, pero propiciando un lugar preponderante a la sociedad.

El trabajo de los tribunales puede generar importantes impactos sociales en la justiciabilidad de los derechos mediante la promoción de deliberaciones constitucionales con la ciudadanía para la búsqueda de acuerdos comunes.

Precisamente por las contingencias y dificultades que entraña la tarea de los jueces en la interpretación y control constitucional, es indispensable debatir por qué estos procesos deben ser contruidos desde la participación popular y, más aún, cuando en esas cuestiones se dirimen cuestiones esenciales del cambio iusfundamental. De acuerdo a lo sugerido por Roberto Gargarella:

La interpretación constitucional debe volver –como señala parte de la doctrina, como señalaron en su momento algunos de los constitucionalistas más notables de la historia– a la ciudadanía. Ello no es lo mismo que decir –como algunos podrían decir, trivializando lo dicho hasta aquí– que la interpretación final debe ser el resultado de decisiones plebiscitadas, de encuestas o “aplausos” masivos (o, peor aún, el producto de una Corte “elegida por el pueblo”). Sostener que la interpretación final debe volver a la ciudadanía quiere decir que esta última debe recuperar control sobre el derecho, y que el derecho debe comenzar a vincularse con igualitarios procesos de discusión pública, hoy completamente ausentes de nuestro horizonte democrático.⁷⁷

No obstante, el proyecto que permita la asunción del pueblo en las tareas de definición iusfundamental deben hacerse en corresponsabilidad con los jueces. En mi opinión, el instrumento que lo posibilitaría es el diálogo constitucional como punto de partida y como punto de llegada. Autores como Post y Siegel lo han denominado constitucionalismo democrático y otros como Friedman lo conciben como un constitucionalismo popular mediado.

La concreción de los principios, valores y reglas constitucionales enfrentan circunstancias disímiles: las legislaturas pueden producir derecho en proposiciones contrarias a la Constitución y la administración pública puede implementar políticas que lesionen los derechos fundamentales. Frente a ello, la intervención de los tribunales puede ser decisiva para optar por remedios jurisprudenciales que ensanchen los contenidos constitucionales. ¿y qué puede hacer la ciudadanía en esos ámbitos? Uno de los planteamientos que quiero ofrecer para la discusión es que los déficits normativos que encontramos en políticas públicas expresadas en leyes, programas y servicios para las garantías de los derechos pueden solventarse con procesos sostenidos de diálogo entre la sociedad y el Estado.

La ampliación de la densidad normativa material de la Norma Suprema no puede surgir únicamente por obra de las resoluciones y sentencias que generan los poderes públicos. Requieren de la discusión popular, la energía creativa y las dinámicas participativas de la ciudadanía para intercambiar argumentos y razones que permitan recuperar la justicia constitucional como una construcción pública y colectiva. Las

⁷⁷ Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, 246.

formas de interpretar lo que la Constitución dice para impulsar la constitucionalización del Derecho es viable a partir del diálogo con nuestras realidades y sus protagonistas. El establecimiento de subreglas jurisprudenciales y la creación normativa no puede ser tarea exclusiva de las altas cortes, deben ser procesos mediados donde se incluya el *sentipensar* de las comunidades, donde puedan estar presentes el habla y los oídos de los comunes para pensar el Derecho en casos concretos.

Una lección valiosa del constitucionalismo popular es que la justicia constitucional no puede ser monopolio excluyente de jueces y juristas, sino que es una construcción de la gente desde todos los ámbitos. El desafío es ocupar los tribunales y las cortes con argumentos deliberativos que intercambien razones y visiones para pensar la justicia y el Derecho como cuestiones que pertenecen a los individuos comunes.

Considero que todo proceso de creación y desarrollo normativo debe ser concebido como un ámbito de encuentro y debate para compartir experiencias y sensibilidades públicas hacia construir soluciones donde intervengan los ciudadanos corrientes y *de a pie*. El control de las mayorías para el respeto del pacto constitucional no puede depositarse únicamente en los criterios y perspectivas de una minoría: los jueces. La superioridad jerárquica de la Constitución, como norma frente a las demás, también es un proyecto colectivo que se afianza en la reapropiación de la palabra y la discusión pública por las personas de toda condición que lograron entender que la justicia constitucional es asunto de todas, y que el destino que en ella se implica no puede ser atribuido a la última palabra de los administradores jurisdiccionales.

En mi opinión, el legado del constitucionalismo popular es muy simple: las cortes y tribunales no deben tener la última y, menos todavía, la única palabra en las consideraciones y cometidos constitucionales. Pero, tampoco es dable prescindir de los jueces. El desafío consiste, como proyecto en permanente renovación, en cómo buscar los mecanismos que acerquen a los operadores de justicia a la ciudadanía (y viceversa) para re-conocer que sus diferencias y perfiles diferenciados son su fuerza democrática hacia pensar juntos y hablar, desde lenguajes distintos, la naturaleza y alcance de los derechos constitucionales, máxime ante casos complejos donde la pobreza y la desigualdad siguen intactas y condicionan la vigencia constitucional.

La búsqueda reside en un diálogo permanente y progresivo que permita superar los diálogos a puerta cerrada de los tribunales y los intercambios sordos de argumentos entre jueces e individuos. Los límites en los fines estatales deben provenir de un mayor empoderamiento social a la palabra y razones de los ciudadanos comunes para

reflexionar y debatir los destinos constitucionales. Como sostiene Leonardo García Jaramillo:

Ninguna de las ramas del poder, incluyendo la judicial, debe tener el monopolio de precisar el significado definitivo de la Constitución. La interpretación constitucional por parte de las altas cortes es autoritativa mas no autoritaria, es decir, constituye una de las voces, no la única ni necesariamente la principal, en el diálogo del cual debe surgir en última instancia dicho significado, que encuentra entonces también su legitimidad en la cultura constitucional de los actores no judiciales.⁷⁸

Los enfoques para pensar los acercamientos entre judicatura, legislatura, administradores estatales y ciudadanía común debe considerar cómo opera el derecho desde la teoría jurídica, pero sin descuidar los significados y sentidos de aquellos elementos que lo rodean para su formación. Y aquellos son: las presencias, identidades y representaciones sociales que, desde las calles y los espacios de confrontación cotidiana, están innovando el derecho y sus realidades para deshacer la teoría y forjar otros pensamientos para decantar el poder y sus relaciones. De manera que, no es dable pensar que la teoría y el ejercicio práctico del derecho es lo que puede transformar las provisiones constitucionales sin tomar en cuenta sus contornos y las vivencias donde se lucha por la norma jurídica vigente.

Es importante, en mi opinión, que podamos insistir con una constatación diaria: precisamente porque no es admisible ponernos de acuerdo sobre cuáles pueden ser los parámetros y métodos interpretativos más plausibles es que debemos optar por alternativas que coadyuven a la configuración de la voluntad general en la forma en que puede funcionar el constitucionalismo democrático y la constitucionalización del sistema jurídico. Para no juzgar como elitista y antidemocrática la labor de los jueces, la acción del poder público no puede ser impuesta por ellos a la comunidad. Ante todo, porque en sus manos están las cuestiones esenciales para vivir lo que podría ser una agenda mínima de propósitos para la democracia constitucional:

[...] [d]el reconocimiento a la máxima validez normativa de los derechos fundamentales y a principios morales como igualdad material, justicia social, pluralismo, dignidad humana y solidaridad, el respeto por las reglas del juego electoral con la posibilidad real de alternancia en el poder, la salvaguarda del pluralismo político, el sistema de frenos y contrapesos, el goce efectivo de los derechos, los controles interinstitucionales entre las ramas del poder público y el presupuesto de que entre los poderes del Estado debe haber un equilibrio y una colaboración armónica para la realización de los fines estatales.⁷⁹

⁷⁸ Leonardo García Jaramillo, “Introducción”, en Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático*, 19.

⁷⁹ *Ibíd.*, 15.

Una de las preocupaciones de la corriente jurídica en estudio es señalar que en los sistemas constitucionales existe la recurrente invocación y alusión a la ciudadanía y, su gran paradoja es que esa gran abstracción jurídica y política posee escasos mecanismos institucionales para que su voz y decisión constituyan un poder de decir la última palabra. Dicho esto, el planteamiento es acoger los principales mensajes del constitucionalismo popular que mencionaré en breve, sin perder de vista sus aditamentos que mencionaré al final de esta sección; y, esos mensajes son:

[...] i) la historia de la revisión judicial es muy ambigua en sus resultados, respecto del ideal de mantener la inviolabilidad de los derechos individuales; ii) los efectos de las decisiones judiciales resultan fundamentalmente insignificantes sin el apoyo de las otras ramas de gobierno, y sin una recepción adecuada por parte de la ciudadanía; iii) existen países que carecen de una práctica de revisión judicial de las leyes sin que ello en absoluto obste al mantenimiento de un alto nivel de respeto hacia los derechos individuales.⁸⁰

El llamado a construir un modelo constitucional propio de constitucionalismo popular consistiría en crear mecanismos dialógicos de argumentación constitucional que, recogiendo varios postulados centrales del constitucionalismo popular, tengan claro la relevancia del papel de los jueces para la protección de los derechos y de la dimensión para la democracia constitucional, con la siguiente alternativa: la comunidad debe tomar sus propias decisiones de justicia constitucional con la consideración que tampoco es dable despreciar ni rechazar el quehacer de los jueces, sino exigiendo que ellos escuchen y deliberen con la ciudadanía. En otras palabras, se trata de ratificar los aportes que pueden ofrecer las cortes y tribunales para el progresismo jurisprudencial con una gran innovación: las decisiones de los operadores de justicia deben formular procesos de diálogo e intercambio de razones públicas con los sujetos sociales y la comunidad mediante procesos institucionales permanentes.

1.6.El rol de los jueces en la protección a las minorías sociales

La rama judicial tiene serios compromisos para la vigencia democrática y uno de ellos es resguardar a las minorías, o sea, cuidar los derechos de cada individuo. Esto supone identificar que lo las mayorías persiguen y las voluntades de un gobierno deben

⁸⁰ Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, 262.

tener como freno a las decisiones judiciales para poner a salvo los grupos desaventajados o a las diversidades sociales frente a lo que las mayorías puedan impulsar como políticas generalizadas de convivencia. La tensión que se presenta, entonces, es la ampliación de la energía popular y participativa para procesar las expectativas por mayor democracia, por una parte; y, por otra, la preocupación de hasta dónde puede llegar el nivel de protección para los derechos cuando se quieren satisfacer aspiraciones populares que pueden desconocer los derechos de las minorías. Esta tensión es ubicada por R. Gargarella de la siguiente forma:

[...] los conflictos muestran esa tensión que tenemos cada uno de nosotros, y que se ve reproducida también en nuestra Constitución, y que refleja una doble preocupación, la de proteger los derechos humanos y la de proteger la democracia, dos aspiraciones que no se llevan muy bien entre sí. La Constitución nos invita a pensar acerca de cómo colocar esas dos preocupaciones juntas, y ese proceso de reflexión todavía está en marcha, conflictos como los que tenemos ahora frente a nosotros tornan evidente todo lo que nos falta reflexionar sobre el tema.⁸¹

Las mayorías encuentran diferentes medios y canales de expresión en la institucionalidad estatal; no obstante, aquello no ocurre con las minorías. De igual forma, los mecanismos institucionales mayoritarios cuentan con interpelaciones ciudadanas para revertir sus contenidos y funcionamiento. En ese correlato jurídico, los jueces se convierten en los guardianes de las voluntades minoritarias y sus decisiones tienen una relación de preeminencia con relación al poder político y las manifestaciones mayoritarias. Por esta razón, la voz de los jueces lleva implícita las nociones y formas de entender la democracia porque permitirían su ampliación o restricción frente al desarrollo de los derechos. Cuando los órganos mayoritarios como la legislatura, el gobierno nacional o algún subnacional adoptan decisiones colectivas, son los jueces quienes deben verificar si esa política o ley puede afectar a aquellos sectores que no han sido tomados en cuenta o que se consideran los más vulnerables con la adopción de una medida del órgano mayoritario. La idea del Poder Judicial como poder contramayoritario refiere a que es el encargado de resguardar a aquellos segmentos poblacionales reducidos que se encuentran en condiciones de desigualdad o desventaja respecto de las grandes mayorías porque estas podrían aplastarlos, directa o indirectamente, con las políticas que apoyen o con sus demandas políticas.

⁸¹ Roberto Gargarella, "El derecho frente a la protesta social" en Jorge Bercholz (direc.) *El Estado y la emergencia permanente* (Buenos Aires: Lajouane, 2008), 208-9.

La protección que merecen las minorías y sus derechos está orientada a precautelar su supervivencia en el sistema democrático porque poseen una condición de debilidad frente al conjunto de la población en el sentido de que otros órganos del poder público manifiestan y dirigen su actuación hacia favorecer a las mayorías de la población. Todo ello no supone que los jueces ya deben anticipar así sus criterios de cómo van a resolver los casos, sino que significa reconocer a los juzgadores como una garantía institucional para la defensa de la democracia y de los sectores que merecen ser resguardados frente a las decisiones del poder público. Encender la alarma sobre el rol de los jueces es fundamental al momento de estudiar las bases teóricas del constitucionalismo popular precisamente porque uno de sus reclamos está orientado a desconocer el excesivo protagonismo de las judicaturas y sus operadores al momento de resolver sobre los derechos de la comunidad.

Al respecto, puede ser aleccionador considerar ciertos casos prácticos sobre el papel de los operadores judiciales. En el año 2002, el Juzgado de Menores No. 2 de Paraná en Argentina, ordenó al Estado provincial la provisión de recursos para asegurar la alimentación adecuada de una familia humilde con hijos menores cuya salud estaba en riesgo, a lo que se complementó una medida cautelar mediante la cual se dispuso que un supermercado entregue a la familia un conjunto de alimentos cuyo precio podía repetir del Estado provincial, incluso mediante la compensación de sus deudas fiscales.⁸² Otro caso que cabe mencionar es que en Mendoza, Argentina, se discutió la constitucionalidad de una ordenanza para prohibir la actividad de limpiavidrios de vehículos en calles locales y se autorizó el uso de la fuerza pública para decomisar los elementos utilizados para ello; posteriormente, la Corte provincial se manifestó por mantener la constitucionalidad de la norma.⁸³

Existen estudios que sostienen que el Tribunal Supremo indio, el Tribunal Constitucional sudafricano y la Corte Constitucional colombiana son tribunales que han aportado con su jurisprudencia a la protección de derechos civiles y políticos y a buscar alternativas de solución a problemas como la violencia política, la pobreza y la

⁸² Defensor del Superior Tribunal de Justicia v. Provincia de Entre Ríos, LL 2002-E-271 cit. por Gustavo Maurino, “Pobreza, Constitución y democracia: aportes desde la autonomía personal” en Roberto Gargarella (coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008), 875.

⁸³ Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª., 3/2/2006, “Curel, Gastón Oscar y otros en Mansilla Cuello, Enrique Ariel y otros v. Municipalidad de la ciudad de Mendoza”, LL Gran Cuyo 2006, julio, 736, cit. en *ibíd.*, 876

consolidación del Estado de derecho y lo han hecho mediante teorías y estrategias jurídicas originales e imaginativas. Como enseña Bonilla Maldonado:

[...] estos tribunales han decidido, en formas innovadoras y atrayentes, casos sobre los derechos de las personas internamente desplazadas, el reconocimiento y la integración de las minorías religiosas antagonistas, la exigibilidad judicial de los derechos sociales y económicos en contextos con elevados niveles de pobreza, y los límites que el Congreso tiene para enmendar la Constitución. La jurisprudencia de estos tres tribunales se mueve ciertamente dentro de las reglas y principios básicos del constitucionalismo moderno y se ve apoyada por ellos. Estos tribunales usan y respetan la gramática del constitucionalismo moderno. En consecuencia, como ocurre con todos los tribunales, muchos de los casos que deciden no tienen importancia desde el punto de vista doctrinal, sino que son simplemente interpretaciones reiteradas usuales de normas y principios. En muchos de estos casos, además, estos tres tribunales replican los argumentos ofrecidos por la jurisprudencia de los intérpretes institucionales y académicos dominantes del constitucionalismo moderno, como son el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁸⁴

Los jueces tienen un rol determinante para definir el alcance de los derechos y la protección constitucional. Por ello, discutir sobre su rol al revisar las lecturas que hace el constitucionalismo sobre el poder judicial sirve para advertir que tienen una gran responsabilidad en la democracia constitucional, pero que también requieren de la intervención pública de las organizaciones y movimientos sociales para orientar constitucionalmente sus argumentos y razones que sostendrán sus decisiones.

García Jaramillo sostiene que los tribunales son entidades democráticas y que el poder judicial es un poder político porque procura la integridad y supremacía del texto político, o sea, la Constitución política. No obstante, enfatiza en una relación complementaria entre el aporte de los jueces y el contingente de la ciudadanía cuando predica lo siguiente:

En la consolidación de la democracia y en el progreso social los tribunales desempeñan un rol crucial, el cual en algunos casos es subsidiario. El cambio constitucional debe fluir desde abajo en lugar de ser unilateralmente impuesto desde arriba, en especial si pretende ser democrático. En el nivel local se construyen consensos políticos que luego son amparados judicialmente en el nivel constitucional. Con sus decisiones sensibles a la democracia, los tribunales muchas veces impulsan a la sociedad hacia un rumbo determinado. El cambio constitucional debe ser dialéctico e interactivo por que las ramas del poder público deben promover conjuntamente los valores constitucionales progresistas.⁸⁵

⁸⁴ Daniel Bonilla Maldonado, “Prólogo. Hacia un constitucionalismo del sur global” en Daniel Bonilla Maldonado (edit.) *Constitucionalismo del sur global* (Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2015), 37-8.

⁸⁵ Leonardo García Jaramillo, “Introducción”, 28-9.

El punto central de la discusión no reside en dejar de reconocer las contribuciones del quehacer judicial para el constitucionalismo democrático, sino en ubicar que el inconveniente radica en que los jueces tienen en sus manos la última palabra interpretativa de variados temas que definen la vida en comunidad y que, a diferencia de los órganos de elección popular, son autoridades que tienen un relacionamiento distinto con la ciudadanía que complejiza la forma en que podríamos ser parte de sus decisiones finales. Al respecto, es propicia la premisa de Gargarella:

[...] existen fuertes diferencias de opinión acerca de cómo debiera interpretarse realmente el texto constitucional, por lo cual cuando los jueces nos dicen ‘decido esto porque lo ordena la Constitución’, siempre tenemos la posibilidad de dudar y de preguntarles cuál es su fundamento, pues seguramente existen visiones alternativas a la que ellos mantienen. Quiero decir, habitualmente no nos pueden responder, como suelen hacerlo, que ellos deciden como deciden porque están obligados por lo que exige la Constitución. [...] Los jueces, aun los jueces animados con la mejor buena fe, encuentran problemas serios a la hora de interpretar la Constitución porque no sólo tienen que pensar en lo que dice la Constitución, sino que deben tener en cuenta todo lo que dice el derecho: las leyes vigentes, las decisiones judiciales anteriores, la doctrina. Ellos pueden pararse en diferentes lugares y, lo cierto es que, dependiendo de dónde se paren o en dónde busquen respaldo, es muy posible que encuentren soluciones distintas frente a los casos que deben resolver.⁸⁶

1.7. Los vasos comunicantes entre los movimientos sociales y la institucionalidad en el desarrollo del constitucionalismo popular

La tesis central de la presente investigación gira en torno a dos premisas básicas: i) el constitucionalismo debe rescatar y promover la energía popular para intensificar la protección de los derechos iusfundamentales y ii) los movimientos y organizaciones sociales deben impulsar otras sinergias y articulaciones con la institucionalidad porque los cambios por realizarse requieren de decisiones judiciales y políticas públicas que implican la participación conjunta de ambos tipos de actores: sociales e institucionales. No se trata, entonces, de fustigar a la institucionalidad jurisdiccional o administrativa y pensar que únicamente los movimientos sociales pueden asumir todas las posibilidades de pluralismo normativo e institucional para las transformaciones; como tampoco se trata, ciertamente, de negar que los jueces y las instituciones no deben innovar sus lógicas de funcionamiento en relación a abrir sus cauces operativos hacia formas

⁸⁶ Roberto Gargarella, “El derecho frente a la protesta social”, 215-6.

participativas, inclusivas y plurales que puedan dar lugar a los sectores excluidos de la población.

Veamos cómo los aportes desde la doctrina constitucional pueden entregar mayores luces al respecto. Lani Guinier y Gerald Torres consideran que el punto en común sobre las trayectorias relatadas en su estudio es que “los tribunales por sí solos no son la voz del cambio. En el mejor de los casos, los tribunales ratifican el cambio. Los activistas del movimiento social -mediante su movilización política y su transformación de la cultura- hicieron que las acciones del Tribunal Supremo parecían apropiadas y debían hacerse desde hacía mucho tiempo”.⁸⁷

En los acontecimientos relativos a el Partido Democrático de la Libertad de Mississippi y el Boicot de Montgomery Bus, los activistas no sólo querían tener oportunidades frente a sus objetos de queja, sino que reclamaron una fuente alternativa de poder, que tomó en serio la promesa de la democracia y lo hicieron a partir de que “reestructuraron el significado de la oportunidad al mismo tiempo que reestructuraron el significado de la representación”.⁸⁸

Guinier y Torres demuestran el impacto y alto potencial legislativo que pueden alcanzar los movimientos sociales cuando son críticos y proponen cambios legales. La afirmación central de su trabajo es que los movimientos sociales son fuentes del Derecho y lo hacen al evidenciar la lucha de los actores sociales que fueron parte de la era de los derechos civiles. De igual manera, creen que también los movimientos sociales pueden influenciar profundamente los cambios legales formales como se puede apreciar en aquellos representados por los estatutos y decisiones del Tribunal Supremo. Para ellos, los actores sociales pueden hacer con su participación que las transformaciones legales se conviertan en inevitables, más que en probables porque pueden existir casos como el de la Corte que interpretaba la jurisprudencia respondiendo a una visión constitucional que no necesariamente puede ser la del desarrollo de los derechos o de la justicia social. Una de las conclusiones del estudio es que la intervención de los actores sociales puede cambiar el rumbo de afectación de derechos cuando señalan lo siguiente:

A través de su lucha colectiva y de su inventiva comunal obtienen un sentido de

⁸⁷ Lani Guinier y Gerald Torres, “Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements” en *The Yale Law Journal* No.123:2740, 2014, 2796.

⁸⁸ *Ibíd.*, 2796.

agenciamiento y crean un grupo de resistencia que construye una nueva organización e inspira una serie de movimientos nacionales. Los textos de sus historias fueron escritos con la tinta de un coraje consumado por una comunidad movilizada que se representaba activamente. Estos actores del movimiento social cambiaron el contexto en el que se comprendían las cuestiones de legalidad y justicia. Marcharon. Ellos cantaron. Declamaron con sus voces insólitas. Cambiaron el viento. Y en el proceso, transformaron el "papel delgado" de la democracia a la "gruesa acción" del gobierno de, por y para el pueblo.⁸⁹

En el estudio elaborado por Randall Kennedy, es posible apreciar cómo el involucramiento de la sociedad civil ayudo para la profundización de los derechos civiles. Este autor explica cómo el boicot hacía que los montgomerianos se dieran cuenta de sí mismos como una comunidad con obligaciones y capacidades que ellos no lograron ver. En la víspera del boicot, pocos habrían imaginado las habilidades latentes que residían en esa comunidad. La protesta provocó y aclaró esas habilidades.⁹⁰ En vísperas del boicot, pocos montgomerianos se habrían considerado a sí mismos como personas con importantes deberes políticos. La protesta inculcó y amplió su sentido de responsabilidad. Además, al dar a conocer su disposición y su capacidad para movilizar la oposición unida a las prácticas de Jim Crow, los manifestantes en Montgomery contribuyeron con una dosis terapéutica de inspiración a los disidentes en todas partes. Los acontecimientos posteriores confirmarían la influencia del boicot como un modelo a seguir que fomentaba otros actos de rebelión. Los participantes en las protestas subsecuentes recuerdan a Montgomery como una presencia distinta y alentadora.⁹¹

El movimiento de los montgomerianos creció para llenar los roles que el destino y sus propios esfuerzos habían creado para ellos. Un indicador del crecimiento de la comunidad fue el firme apoyo que permitió a Martin Luther King emerger como el líder del movimiento de boicot. El faccionalismo había paralizado previamente a posibles líderes afroamericanos. Durante el boicot, sin embargo, ese problema fue superado en gran medida. Al promover el liderazgo de MLK se constituyó en un logro a lo largo de otra dimensión porque el apoyo que recibió no sólo mostró una unidad impresionante sino también un buen juicio. King reivindicó la tremenda inversión apostada en su capacidad para dirigir y representar a la comunidad disidente afroamericana de Montgomery. Lo hizo reconociendo no sólo el poder, sino también los límites de la ley.

⁸⁹ *Ibíd.*, 2804.

⁹⁰ Randall Kennedy, "Martin Luther King's Constitution: A Legal History of the Montgomery Bus Boycott" en *The Yale Law Journal*, vol. 98, No. 6, abril 1989, 1066.

⁹¹ *Ibíd.*, 1067.

"La aplicación de la ley", observó más tarde, "es en sí misma una forma de persuasión pacífica, pero la ley necesita ayuda".⁹² De alguna manera, el estudio de Kennedy expone la protesta contra la segregación y la intervención de MLK en la persuasión pública frente a las limitaciones de la ley, que llevaron a demostrar la lucha por la dignidad con relación al ordenamiento jurídico que no reconocía ni protegía distintos derechos demandados por las minorías.

Para demostrar la relación entre movimientos sociales, los derechos y los tribunales, el artículo de Jerome Glennon⁹³ concentra su atención en el boicot de autobuses de Montgomery que marcó el inicio del movimiento de los derechos civiles en diciembre de 1955, cuando Rosa Parks se negó a ir a la parte trasera del autobús. Su trabajo reafirma la interpretación tradicional del boicot en cuanto a que fue sostenido por los sacrificios de los miles que se abstuvieron de usar los autobuses públicos; por tanto, el boicot demostró que, actuando colectivamente, una comunidad podría exigir y obtener el fin de la segregación. La técnica de la resistencia no violenta a la opresión y, en el caso mencionado, integró con éxito los autobuses de Montgomery.⁹⁴

Jerome Glennon resalta que los historiadores del movimiento por los derechos civiles no han prestado suficiente atención al papel crítico desempeñado por el sistema jurídico: en ocasiones ayudando, otras veces obstaculizando, pero siempre afectando el ritmo y el carácter de la lucha por la igualdad racial. En particular, los relatos del boicot de autobuses de Montgomery han exagerado la influencia del boicot y han menospreciado el papel del sistema legal en la integración de los autobuses de Montgomery.⁹⁵ El autor visibiliza que los comentaristas han pasado por alto el papel del derecho en el movimiento por los derechos civiles y que el litigio, no el boicot, resultó en la integración de los autobuses de Montgomery.

Jerome Glennon revisa cómo el movimiento afectó las doctrinas jurídicas que trascienden las cuestiones de la igualdad racial y una de las evidencias es que "la lucha por la justicia racial produjo ramificaciones que se extendieron mucho más allá de su punto de origen".⁹⁶

⁹² *Ibíd.*, 1067.

⁹³ Robert Jerome Glennon, "The role of law in the civil rights movement. The Montgomery Bus Boycott 1955-1957" en *Law and History Review*, Spring 1991, Vol. 9, No. I, 1991, by the Board of Trustees of the University of Illinois.

⁹⁴ *Ibíd.*, 59-60.

⁹⁵ *Ibíd.*, 59-60.

⁹⁶ *Ibíd.*, 59-60.

Al comparar las cuestiones de derecho constitucional planteadas por el litigio que rodea al boicot con el estado actual de la doctrina, se aprecia que el boicot comenzó en diciembre de 1955, pero después de once meses no había logrado nada tangible. En noviembre de 1956, los autobuses permanecieron segregados, los comisionados de la ciudad se opusieron al compromiso más que nunca, y la comunidad afroamericana se sintió cada vez más frustrada y desalentada. En este punto, un juez de un tribunal estatal emitió una orden judicial, ordenando el retiro voluntario y amenazando con sanciones en caso de la continuación del boicot. En esta coyuntura crítica, una decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos ordenó que la ciudad deje de hacer cumplir la segregación en los autobuses. Como consecuencia de esta acción judicial, se considera los retrasos y falta de respuestas que puede ofrecer el sistema legal y los jueces.

El boicot llegó a ejemplificar el poder de una comunidad afroamericana para movilizarse y resistir con éxito y derrotar a la segregación. El boicot simbolizaba las dificultades pasivas que una comunidad soportaría para alcanzar dignidad y autoestima. Paradójicamente, el boicot de autobuses de Montgomery desencadenó la fase de demostración pública del movimiento por los derechos civiles. Aun cuando el boicot no logró integrar los autobuses urbanos, estimuló a otras comunidades a enfrentarse a la injusticia.⁹⁷ El rechazo prolongado de una comunidad a participar en un sistema segregado implicó gran sacrificio de tiempo, dinero y comodidad. Seguramente, el coraje, la perseverancia y la dedicación merecen valorarse porque logró enfrentar pacíficamente un fuerte sistema segregacionista. De ahí que ese esfuerzo puede permitir pensar que el derecho triunfó sobre el poder arraigado y que el trabajo del espíritu humano venció al poder excluyente y violento.

La teoría que propone esta tesis en cuanto al constitucionalismo popular es una versión que combina el potencial movilizatorio y activista de las organizaciones sociales y, al mismo tiempo, reconoce que la institucionalidad debe asumir lógicas incluyentes y dialógicas para la búsqueda deliberativa de la justicia con la sociedad. O sea, tan relevantes como los aportes de los sujetos sociales para reclamar nuevas y mejores condiciones para los derechos, son también las dinámicas y metodologías institucionales que deben crearse en la jurisdicción ordinaria y en la judicatura constitucional para superar las formas monológicas en la toma de decisiones judiciales con el propósito de

⁹⁷ *Ibíd.*, 59-60.

dar cabida a un activismo jurisdiccional dialógico que incorpora instrumentos participativos que permitan a la comunidad ser parte de la última palabra.

La justicia dialógica es un modelo complementario de la democracia deliberativa que contribuye a fomentar otras respuestas y compromisos en medio de una intervención conversacional de varios actores que aportan para concertar las múltiples soluciones que requieren los derechos. Aquel modelo da luces para que las sentencias puedan ser desarrolladas de un modo participativo para asegurar seguimientos a su aplicación. Y es que los derechos merecen remedios –entendidos como acciones de política pública- diversos que los atiendan y un monitoreo de su ejecución, de lo contrario las repercusiones y sus efectos están llenos de dificultades. Uno de los casos estudiados por César Rodríguez Garavito corresponde al No. T-760 sobre la decisión de la Corte Constitucional Colombiana en servicios de salud y le permite afirmar lo siguiente:

Nuestra defensa empírica del activismo dialógico ofrece nuevos argumentos a las críticas contra el activismo judicial. A la crítica de que los jueces no responden en forma democrática por sus actos ante los ciudadanos, contestamos que es necesaria una concepción más amplia de la rendición de cuentas democrática y de la separación de poderes con el fin de plasmar las realidades de la práctica democrática. En esta concepción, los tribunales dialógicos promueven la democracia, en lugar de erosionarla, al ejercer un control horizontal de la responsabilidad de otras ramas del gobierno y ayudar a romper los bloqueos institucionales que contribuyen a las violaciones masivas de los DESC. Además fomentan, en lugar de inhibir, la participación democrática y la deliberación colectiva para solucionar los dilemas de la justicia distributiva. [...] El activismo dialógico reduce, aunque no elimina, el riesgo de los tribunales de estar abrumados por las demandas crecientes y las complejidades de los casos estructurales.⁹⁸

La concepción del constitucionalismo dialógico es reposicionar a los tribunales con el papel de mediadores autorizados para intercambiar puntos de vista que coadyuven a la solución de problemas, para lo cual pueden implementar diversos mecanismos, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco sugieren salas de seguimiento especializadas o el nombramiento de expertos independientes que supervisen el cumplimiento de las sentencias, otros autores sugieren la realización de audiencias públicas o la promoción de los *amicus curiae* como dispositivos que facilitan el diálogo judicial con la comunidad.

⁹⁸ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2015), 237.

El esquema deliberativo jurisdiccional enfatiza en que las intervenciones judiciales dialógicas tienen un mayor impacto en el cumplimiento de los DESC en relación a las monológicas. Las sentencias dialógicas son definidas por estos autores como:

Aquellas que combinan derechos fuertes (es decir, la protección judicial de niveles básicos de bienestar), remedios moderados (es decir, órdenes abiertas que dejan los detalles de la política pública al gobierno, pero especifican plazos y procedimientos que este debe cumplir) y seguimiento fuerte (es decir, decisiones de seguimiento que valoren el progreso, presionen a los funcionarios recalcitrantes a cumplir e involucren a diversos grupos de interesados en un proceso de deliberación pública y de solución colaborativa de problemas sobre las causas subyacentes a las violaciones de los DESC).⁹⁹

La propuesta de constitucionalismo dialógico tiene por objetivo reconceptualizar las relaciones entre los poderes del Estado hacia dimensiones cooperativas y promover mayores resonancias públicas sobre los efectos de las decisiones judiciales. La generación de reformas legales o institucionales son formas de instar al poder legislativo y ejecutivo como consecuencia de un pronunciamiento jurisdiccional, lo cual no supone definir los contenidos de esas reformas, pero sí los puntos de partida para su generación. De igual manera, la presión ciudadana debe encontrar apertura y receptividad en los jueces para tratar sus reclamos en consideración de sus quejas como necesidades con efectos y afectaciones colectivas.

El diálogo judicial resalta la responsabilidad democrática de los tribunales bajo el siguiente correlato:

[...] los tribunales pueden profundizar, en vez de erosionar, la gobernanza democrática al actuar como fuentes de rendición de cuentas horizontal, es decir, mediante la liberación de los bloqueos entre y dentro de organismos públicos que están casi exentos de rendir cuentas a los ciudadanos y presionando a los funcionarios públicos para que se ocupen de las deficiencias sistémicas de la política pública que llevan a violaciones masivas de los DESC. [...] la capacidad y el potencial institucional de los tribunales para fomentar la deliberación democrática puede desarrollarse mejor mediante su participación continuada tras el pronunciamiento de la sentencia, por medio de procesos de seguimiento que proporcionan oportunidades para la participación de los actores interesados y para la deliberación pública sobre la solución de los problemas de justicia distributiva.¹⁰⁰

Las interpelaciones e imperativos que reclama el constitucionalismo popular pueden ser acogidos y potenciados desde la institucionalidad mediante la

⁹⁹ *Ibíd.*, 240.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, 241.

implementación de un modelo de justicia dialógica que mostraría una especial propensión por posicionar dispositivos incluyentes y participativos en el funcionamiento de tribunales inferiores y superiores tanto de la judicatura ordinaria como de la jurisdicción constitucional que coadyuven en la búsqueda de dinámicas conversacionales extendidas y permanentes de los operadores judiciales para escuchar a los pueblos y a las comunidades. En el corazón de su escenificación del cambio de la justicia tradicional anida la interpelación por buscar otras metodologías institucionales que permitan (re)crear el lugar protagónico de la ciudadanía en las bases del ejercicio y realización de la justicia.

Pensar en otras manifestaciones del Derecho y la justicia mediante el diálogo entre los jueces, la ciudadanía y las cortes contribuye a que los servidores judiciales y administrativos apliquen los tratados e instrumentos internacionales en derechos humanos como parte del derecho interno de manera directa y, de esa forma, se vigoriza el control que realizaría posteriormente la Comisión o la Corte Interamericana sobre una norma constitucional o legal que contradice los instrumentos de protección sobre derechos humanos. Para la realización del examen o revisión de compatibilidad entre los actos normativos y administrativos de los poderes públicos con respecto a la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana, los tribunales inferiores y superiores internos pueden desarrollar diálogos interculturales inmediatos con la ciudadanía o recurrir a dispositivos deliberativos, *verbi gratia*, la audiencia pública, los jurados ciudadanos, la consulta ciudadana en los términos previstos por la OIT, los *amicus curiae*, los presupuestos participativos, el seguimiento ciudadano a las sentencias, los procesos de *accountability* horizontal y vertical en los dictámenes judiciales, las interrelaciones colaborativas con otras ramas del poder público, la adopción de medidas judiciales con efectos directos, indirectos, materiales y simbólicos de las sentencias, la medición de los efectos de las políticas públicas, entre tantos otros resortes institucionales participativos, que permitirán la confluencia de un activismo jurisdiccional dialógico para considerar la voz de los excluidos como la última palabra para el control convencional interamericano.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA PROBLEMÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE REFORMADOR

2.1. La legitimidad democrática del cambio iusfundamental y la Constitución como cauce del poder constituyente reformador

Las constituciones deben adaptarse e innovar para ofrecer orientaciones normativizadas a las demandas de grupos sociales, y la discusión sobre los procesos de modificación implica revisar cómo funcionan los límites del ente constitucional.

La reforma constitucional es concebida como un procedimiento reglado, regulado y limitado, donde si bien está inmerso el poder popular creativo del cambio normativo, confluyen límites materiales y formales para controlar el poder de la reforma. Estos elementos conducen a pensar si la permanencia del poder constituyente en la vida estatal es condicionada o plenamente abierta.

Una amplia tradición de la filosofía política y el derecho constitucional sostuvieron la tesis de la omnipresencia del poder soberano y su naturaleza ilimitada - casi suprema- sobre el ordenamiento constitucional. Esta concepción entendía que el pueblo es el elemento originario y fundante de toda expresión jurídica estatal. Aquello hizo ver al poder constituyente como la conjunción de principio democrático y supremacía constitucional. Al respecto, es propicia la explicación de Hernández Camargo:

El fundamento del poder normativo no deriva ya de la historia o de la religión, sino de la voluntad explícita de la comunidad organizada que se da a sí misma una norma de obligatorio cumplimiento para todos y que estructura el ejercicio del poder por parte de unos representantes que la propia comunidad designa para que les gobierne. Esa voluntad es expresada a través del poder constituyente. El Poder constituyente es aquel en virtud del cual un pueblo se da su primera Ley política fundamental o modifica en aspectos esenciales su norma suprema preexistente. Es la expresión del principio democrático que consagra la capacidad de *autolegislación*, la facultad que tiene el

pueblo de darse las normas que le regirán en su convivencia dentro de la sociedad inmerso en el marco de la democracia.¹⁰¹

Está claro que el elemento fundacional de una constitución y su propuesta de validez y eficacia reside en la soberanía popular; no obstante, cuando nos referimos a los hechos de revisión o reforma constitucional, ¿podemos también invocar al poder constituyente? ¿Cómo es posible la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma? Confrontar estos elementos es identificar las tensiones entre la política democrática de la constitución que se expresa en el reconocimiento popular y su política jurídica que se manifiesta en la supremacía iusfundamental.

La organización estatal que da forma y estructura la institucionalidad se fundamenta en el pueblo como titular de la soberanía, lo cual significaría que toda modificación del Estado requiere de la variación del texto normativo rector de la vida estatal. Lo que está en entredicho, no es la elección de nociones jurídicas o políticas para saldar la discusión, sino de establecer si existen límites para la actualización modificatoria de una constitución y cómo precisar aquellos límites.

Cuando el poder constituyente es la capacidad popular para producir un ordenamiento jurídico y aprobar una constitución, estamos hablando de un poder para definir su propio proceso de organización estatal. Huelga señalar que es un poder por su naturaleza de creación y transformación; y, de igual manera, se trata de constituyente porque es la voluntad de instauración normativa constitucional y allí se formula la perspectiva de que todo poder surge del pueblo. En consecuencia, si hablamos de un poder que opera en democracia, es un poder que debe ser democrático, lo cual supone también un poder reglamentado por disposiciones jurídicas y por la vigencia de la vida en democracia.

El concepto de poder constituyente ha sido asociado plenamente a un poder originario de instauración constitucional; y, no obstante lo hasta aquí expuesto, la discusión se extiende para considerar si también se trata de un poder que se activa al momento de la reforma. Por ello, considero oportuno tener presente la siguiente definición de Ferreyra:

Rigurosamente pues, alcanzar con precisión el concepto de poder constituyente no es tarea sencilla, desde que el mismo se apoya en aspectos ambiguos de la palabra “poder”,

¹⁰¹ Lolymar Hernández Camargo, “El poder constituyente como principio legitimador de la Constitución” en Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero Ortiz (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, (Madrid: Civitas ediciones, 2003), 113.

que a veces significa “potestad”, otras veces significa “fuerza” y en otras, se refiere al órgano del Estado que propiamente ejerce la función constituyente. (...) Mi opinión es que poder constituyente originario puede ser explicado diciendo que se trata de aquella fuerza capaz de establecer las bases de la estructura política y jurídica de una comunidad estatal. El poder constituyente, o sea, el poder que estrictamente permite la configuración constitucional, puede ser originario y derivado. Desde tal óptica, el poder constituyente es originario cuando se lo ejerce en la etapa de la fundación o de organización primigenia del Estado por intermedio de la Constitución. En cambio, cuando se lo ejerce para reforma de la regla jurídica básica del Estado, se está en presencia del poder constituyente derivado.¹⁰²

La distinción entre poder constituyente originario y derivado es trascendental para distinguir el momento de creación constitucional. Lo que es menester tener presente es que el poder constituyente se presenta como un ejercicio titularizado y perteneciente al pueblo. Los alcances y la caracterización general recogen esa diferenciación señalada, pero recogen varias acepciones sobre sus implicaciones. Germán J. Bidart Campos lo preceptúa así:

Si por “poder” entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin, y por “constituyente” el poder que *constituye o da constitución* al estado, alcanzamos con bastante precisión el concepto global: poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para *constituir o dar constitución* al estado, es decir, para *organizarlo*, para establecer su estructura jurídico-política. El poder constituyente puede ser *originario y derivado*. Es *originario* cuando se ejerce en la *etapa fundacional* o de primigenidad del estado, para darle nacimiento y estructura. Es *derivado* cuando se ejerce para *reformular la constitución*.¹⁰³

El ejercicio del poder constituyente, por parte de la comunidad, manifiesta que es ella quien se provee su organización política y jurídica. La Constitución ecuatoriana (de aquí en adelante, CRE) recoge esta expresión de la siguiente forma en su Preámbulo:

Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador
Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, [...].¹⁰⁴

¹⁰² Raúl Gustavo Ferreyra, “Poder, democracia y configuración constitucional. Momentos de creación y momentos de aplicación del sistema constitucional argentino”, en Jorge Bercholz (direc.), *El sistema político e institucional en la Argentina*, (Buenos Aires: Lajouane), 2006, 49-0.

¹⁰³ Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, (Buenos Aires: Ediar), 1988, 107.

¹⁰⁴ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], Preámbulo, Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

Lo que interesa resaltar es la invocación del pueblo como un sujeto colectivo, que en uso de su soberanía, se da un ordenamiento estatal. Otro ejemplo similar puede encontrarse en la Constitución argentina:

Nosotros, ciudadanos argentinos que formamos el pueblo de la provincia de [...] juramos [...] respetar, obedecer y defender la Constitución política de la Confederación argentina, sancionada por el Congreso General Constituyente el 1 de mayo de 1853.¹⁰⁵

Ahora bien, he reseñado estos ejemplos para puntualizar que el poder constituyente es un concepto jurídico y político que si bien alude al pueblo, no necesariamente puede referirse al conjunto de la población de un Estado, sino a aquella parte de esta que se encuentra en condiciones de desplegar sus derechos políticos que configuran el cambio constitucional. Por tanto, es también una acepción política que apela a un nosotros como actor participativo del destino de una comunidad jurídica, un nosotros inclusivo e incluyente, que se afirma por la voluntad de vivir al amparo de una institucionalidad que puede ser revisable y mejorable.¹⁰⁶

La concepción del poder constituyente refiere a una capacidad jurídica y a una voluntad política que, entendidas según esa convergencia, problematizan la existencia de posibles regulaciones a su accionar por cuanto si se trata de un ejercicio soberano la vigencia de ese poder requiere la discusión de si se regula a sí misma o requiere de limitaciones y regulaciones externas a esa capacidad y voluntad dinámicas. Carl Schmitt emplea la siguiente visión:

Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. [...] El poder constituyente es unitario e indivisible. No es un poder más, coordinado con otros distintos 'poderes' (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Es la base que abarca todos los otros 'poderes' y 'divisiones de poderes'.¹⁰⁷

Esta comprensión del poder constituyente de Schmitt remite a pensarlo como la fuente de todo el acontecer político y jurídico en la normación estatal. Incluso esta noción dinámica, permanente y variable lleva a pensarlo como “la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, que siempre saca de sí nuevas

¹⁰⁵ Raúl Gustavo Ferreyra, “Poder, democracia y configuración constitucional”, 35.

¹⁰⁶ Rodolfo Arango, “Un nosotros posible”, *El Espectador*, 20/03/2016, Colombia.

¹⁰⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Salamanca: Alianza, 1996), 93-5.

formas y organizaciones, no subordinando nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva”.¹⁰⁸

La óptica schmittiana del poder constituyente es de una autoridad y poder de organización que está presente sin agotarse por el aparecimiento de una Constitución, sino que se expande y expresa dos elementos: voluntad y decisión política, cuya existencia debe preservarse al lado de la Ley Máxima; y, hasta “por encima de ella” según Schmitt.

El planteamiento presentado conlleva a identificar la relación expresada por varios autores entre poder constituyente primigenio que dio origen a la Norma Máxima y su relación con los poderes constituidos en la Constitución; y, en ese contexto, pueden aparecer tres elementos sugeridos por Díaz Ricci: i) el poder reformador como poder constituyente instituido, ii) el poder de reforma como poder constituido y iii) el poder reformador como poder constituyente.¹⁰⁹

Una de las concepciones para explicar al poder constituyente es que se encuentra presente en las normas que reglan el procedimiento de reforma, es decir, condicionado por acciones normadas y reguladas; y, al mismo tiempo, como poder soberano para modificar la norma iusfundamental. Ambos procesos pueden tornarse contradictorios, por lo que es pertinente revisar que Díaz Ricci recurre a la siguiente puntualización que considero oportuna:

En efecto, por un lado, aparece el Poder Constituyente con toda su potencialidad de configuración espontánea y, por otro lado, los órganos y formalidades establecidas por la Constitución para llevar a cabo la modificación de las normas constitucionales. Sieyès intenta armonizar ambos aspectos. Por ello, por una parte, afirma la plena libertad del Poder Constituyente que se funda en la independencia y autonomía de la Nación que goza de la misma libertad del individuo en estado de naturaleza, en consecuencia, no puede empeñar su voluntad comprometiéndose a querer sólo de una determinada manera, porque ello significaría cercenar su libertad lo que sería inadmisibles. Por otra parte, sostiene que la Nación ejerce su potestad constituyente a través de un órgano representativo de carácter extraordinario que se diferencia de los otros órganos estatales pero que, además, simultáneamente, conserva la independencia y libertad propias del Poder Constituyente.¹¹⁰

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 97.

¹⁰⁹ Sergio M. Díaz Ricci, *Teoría de la reforma constitucional*, (Buenos Aires: Ediar / Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Complutense, 2004), 204 y ss.

¹¹⁰ *Ibíd.*, 206.

Para una corriente del Derecho constitucional, el poder constituyente es un paradigma y construcción compleja que debe entenderse en su sentido originario, inicial y fundador:

Que sea inicial, originario, permite distinguirlo –en el plano ficcional- de quienes gobiernan efectivamente. Así permite la legitimación de quienes desempeñan el poder., obteniendo la obediencia. Y, a su vez, coloca a los gobernantes por debajo del pueblo fundador, lo que permite el control. En otras palabras, el pueblo legitima, ordena, obedece y controla su propia manda, instrumentada por la minoría gobernante.¹¹¹

Estos preceptos han sido acondicionados y adaptados en las cartas supremas de países de la región¹¹² y reivindican un sujeto social vivo que ejerce los derechos y garantías en una relación conflictiva con el accionar estatal. Esta consideración especial del constitucionalismo de ciertos países lo que pretendería es rescatar al poder constituyente como causa y fuente de la Constitución, así como de un significado en defensa de su existencia y vigencia. Carlos de Cabo Martín lo explica de la siguiente manera:

[...] Se trata de un Poder constituyente que, a diferencia de la concepción clásica, no se trata de un Poder que tiene una existencia y manifestación coyuntural, que se agota en su ejercicio, es decir, con el surgimiento de la nueva Constitución, sino que permanece. Esta característica de Poder permanente se manifiesta en la conversión en ordinaria (y no extraordinaria como en el constitucionalismo europeo) de las diversas formas de democracia directa y participativa en distintos ámbitos tanto materiales (no sólo políticos sino sociales y económicos) como territoriales (nacional o local) así como su presencia siempre que se trate del cambio constitucional.¹¹³

Esa apreciación del autor es coincidente con el esquema normativo ecuatoriano, venezolano y boliviano, por cuanto sus disposiciones están orientadas a acentuar la permanencia activa de *el soberano* en el cuerpo constitucional. En esa concepción se explica su origen democrático y legitimidad; pero, también es el fundamento del contenido y de la forma constitucional, así como de su validez. Por consiguiente, la fuerza normativa del código político reside en constituir la vida estatal con la voz de *el soberano*.

¹¹¹ María Cristina Girotti, “Globalización, constitucionalismo, poder constituyente, democracia y DDHH”, en Jorge Bercholz, *El Estado y la globalización*, 264-5.

¹¹² Cito como ejemplo los casos de las Constituciones de Ecuador, Venezuela y Bolivia.

¹¹³ Carlos de Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, (Madrid: Trotta, 2010), 147.

Coincido con Cabo Martín cuando sostiene que “a diferencia de lo que se sostiene respecto del constitucionalismo del Norte, en el que se entiende que el Soberano queda fuera de la Constitución (desde la clásica tesis de Kriele), en este caso el Soberano está en la Constitución”.¹¹⁴

Toda reforma constitucional puede ser una expresión del poder constituyente, pero no toda expresión del poder constituyente puede ser una expresión de constitucionalidad. Esto ocurre cuando la fuerza constituyente que genera la reforma lo hace sin someterse a los canales formales y órganos preestablecidos por la misma Constitución. No se trata para este análisis de discutir si el cambio consiste en una modificación total o parcial, porque ambos casos pueden o no tener en cuenta el procedimiento fijado para el efecto; todo ello, con la consideración de que el objeto en cuestión ya no se refiere a un cambio originario porque no está en análisis la formación de un nuevo Estado y su Ley Máxima fundacional.

La concepción democrática del poder constituyente guarda directa relación con el modelo de Estado y su teoría jurídica que están inmersos en la Ley Mayor. Obsérvese que la crisis del Estado Social europeo tiene como una de sus causas que *el soberano* ha quedado fuera de la constitución. Por ello, el salto democratizador que, aparentemente, pretendía la carta fundamental modificada de algunos países¹¹⁵ es resaltar que *el soberano* está en la Constitución; ergo, todas las decisiones que le atañen necesitan relevar al máximo su presencia inexcusable.

Máxime, cuando todo cambio constitucional también debe ser entendido como garantía de permanencia del código político y esta también es una función para considerar por parte de actores políticos e institucionales que pretendan enmendarla. Ante ello, Díaz Ricci sostiene lo siguiente:

En efecto, el procedimiento de revisión constitucional, al establecer una fuente especial de producción de la normativa constitucional, diferencia a la Constitución de los demás poderes constituidos y normas jurídicas de rango inferior. Es el efecto propio de la “Rigidez constitucional” que establece una jerarquización de planos normativos y de instituciones, colocando a la Constitución en la cúspide del sistema, por lo que las instituciones y las demás fuentes de producción normativa inferiores no pueden invadir el grado superior, so pena de invalidez, con lo que se alcanzan el resultado de preservar en su integridad el ordenamiento normativo constitucional¹¹⁶.

¹¹⁴ Ibíd., 147-8.

¹¹⁵ Nótese que en este apartado de la investigación estoy haciendo referencia a las Constituciones de Ecuador, Venezuela y Bolivia para descomponer las propiedades capitales del poder constituyente.

¹¹⁶ Sergio M. Díaz Ricci, *Teoría de la reforma constitucional*, (Buenos Aires: Ediar, 2004), 348-50.

Llegado este punto, pues, no causará sorpresa afirmar que la innovación constitucional y su configuración son actos de soberanía política acompañados de decisiones que implican la racionalización del poder porque su trayecto está reglado y mandado jurídicamente en la Norma Máxima. Aun así, sobrevienen las siguientes formulaciones: ¿Es posible constitucionalizar la presencia del poder constituyente y sus límites? Esta pregunta de análisis es pertinente para señalar que el principal compromiso del poder de reformabilidad está contenido en su misma apertura normativa: no quebrantar la continuidad jurídica de los precedentes de la Ley Mayor.

Referir que el Código Político es un sistema abierto y, al mismo tiempo, su mayor responsabilidad, es señalar que cualquier variación a su estructura debe reconocer el proceso de construcción política del Estado porque, también, es determinar que todo momento de la vida estatal es objeto de ordenación constitucional. En otras palabras, recorro a Ramírez Cleves, quien lo conceptúa de la siguiente forma: “la Constitución como elaboración del poder constituyente debe reflejar el elemento de supremacía para garantizar su existencia”.¹¹⁷

Este autor vincula la consagración de la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de la reforma, por lo que hasta que no se atenúe esa consagración no sería posible hablar de efectividad de una constitución normativa. Lo clave de su pensamiento está en resaltar que los poderes constituidos siempre deben diferenciarse del poder constituyente y, recordar que, su límite también llega a sus funciones en tanto que por el hecho de la delegación no se convierten ni alcanzan a este último. Ramírez Cleves lo concebiría así:

[este proceso] refleja el principio de supremacía constitucional del poder constituyente, ya que los procesos de reforma constituyen una de las formas en que la Constitución ejerce su superioridad frente a las demás normas. Esta supremacía que le otorga la agravación mediante cláusulas especiales de reforma solo se logra cuando se aclara quién es el detentador de la soberanía en un Estado democrático, es decir, el pueblo¹¹⁸.

La declaración de que la soberanía radica en el pueblo implica que cuando reformamos una Constitución debe ser igual a cuando la aprobamos porque la innovación de esta debe ser garantía de los derechos y de la soberanía popular, lo que

¹¹⁷ Gonzalo Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías – límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, (Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003), 50-1.

¹¹⁸ *Ibíd.*, 54.

significa que debe volver a la ciudadanía para que se exprese si está de acuerdo o no en su alteración.

La configuración del proceso de reforma de *constitutione ferenda* sobre las proposiciones e imprevisiones que regulen su cuestión dependen de la concepción del poder constituyente. La discusión del lugar del soberano desemboca en la premisa de que el poder de revisión al estar sujeto en virtud de lo dispuesto en la constitución para reformarla se somete a los siguientes caracteres:

[...] no es un Poder original en ninguno de los tres sentidos antes indicados sino derivado; no se basa en sí mismo sino que procede de la Constitución; tampoco puede decirse que sea un Poder inicial en cuanto a la libertad e independencia para su puesta en funcionamiento, dado el carácter reglado y restrictivo de la iniciativa para la Reforma; [...] en la Constitución no hay soberano; el soberano se queda ‘fuera’, porque ‘dentro’ de la Constitución y desde el momento en que aparece, todo poder es un poder juridizado y en consecuencia limitado, circunstancia que, evidentemente, es incomprensible con la condición de soberano que excluye por contradictoria su juridización.¹¹⁹

Esta apreciación también es corroborada como uno de los problemas de la reforma constitucional y lo plantea Ferreyra de la siguiente manera:

El poder de reforma que se ejercita para modificar un sistema constitucional es un poder eminentemente político porque crea derecho constitucional, sometido a reglas de competencia predeterminadas. [...] No obstante -agrego ahora- puede suceder que la reforma, en lugar de defender sea la que ataque las disposiciones normativas originarias, porque se infrinjan los límites prefijados o porque se generen contradicciones insalvables con disposiciones normativas predispuestas.¹²⁰

Por lo expuesto, considero que el poder constituyente reformador no puede ser absoluto ni omnímodo porque la fuerza democrática del pueblo para aspirar cambios opera en un Estado que está sometido al Derecho y que tiene también estructuras democráticas que debe preservar. El poder constituyente reafirma la idea de soberanía popular para promover transformaciones político-jurídicas, lo cual no es sustento constitucional para desconocer los procedimientos que fija el ordenamiento jurídico vigente. La validez del Estado y su institucionalidad que debe observar el poder constituyente reformador también expresan derechos, libertades y garantías que han

¹¹⁹ Carlos Cabo de Martín, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, (Madrid: Trotta, 2003), 32.

¹²⁰ Raúl Gustavo Ferreyra, “Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina” en Jorge Belhoc, direc., *El Estado y la globalización*, (Buenos Aires: Ediar, 2008), 175-6.

significado los logros en cuyo momento específico fueron alcanzados por las fuerzas democráticas que impulsaron el poder constituyente reformador. Esta afirmación contiene implícita su impugnación: ¿es posible que el poder constituyente transformador se someta a las reglas del sistema jurídico constitucional que fueron también instituidas por otro poder constituyente reformador que tuvo su misma naturaleza?

El poder constituyente reformador es también un poder de creación de la Norma Máxima. En función de esa premisa, ¿debe someterse un poder constituyente reformador a un poder constituido para el cambio que promueve?

De acuerdo a la tesis de Gonzalo Ramírez Cleves, el límite o el encauzamiento del poder constituyente se relaciona con la *idea límite* de Constitución, entendida como una normación superior de carácter jurídico político basada en democracia.¹²¹ Esta concepción permite formular una autorestricción que debe ser propia del poder constituyente reformador cuando actúa en un sistema democrático porque el establecimiento de cambios en la Ley Mayor también responde a un poder reconocido y previsto por el sistema para su activación. Como expone Ramírez Cleves, se entiende que,

Negamos pues que el *valor dominante*, por ejemplo de un proyecto totalitario, autoritario o autocrático, pueda fundamentar las leyes o el derecho que produce acudiendo a la idea de la decisión ‘democrática’ y afirmar que se trata de la ‘Constitución’ del pueblo que la legitimó. En este caso se presentaría un contrasentido porque la solución democrática cerraría a futuro sus posibilidades, se autodestruiría y no permitiría garantizar la libertad de autorregulación en el porvenir.¹²²

La naturaleza democrática del poder constituyente reformador reside en el elemento jurídico de su potestad constituyente: la modificación de la Norma Máxima es una creación de normación política-jurídica de las reglas supremas que otorga cláusulas determinadas, predispuestas y finitas para ordenar la vida estatal. La voluntad popular no puede ser absoluta y suprema frente al ordenamiento constitucional porque deben construir sentidos y significados a la forma de vida democrática. La continuidad de la Constitución y su estabilidad pueden estar en riesgo si se acepta la noción de un poder

¹²¹ Gonzalo A. Ramírez Cleves, *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 279.

¹²² *Ibíd.*, 279-0.

constituyente reformador ilimitado que puede sobrepasar los poderes constituidos porque el ordenamiento constitucional requiere de la institucionalidad para resguardar los mandatos y preceptos iusfundamentales.

La voluntad popular tiene poderes democráticos para modificar las disposiciones que integran la Constitución, pero es un cambio que no se convierte en plenos poderes originarios porque estos pueden configurar atropellos políticos y jurídicos que desconozcan las reglas constitucionales, las cuales funcionan a partir de la organización de poderes, controles y límites que confieren soberanía al pueblo y, al mismo tiempo, esa soberanía requiere de la Constitución porque está sujeta a ella para posibilitar los cambios que aspira.

Emmanuel Sieyès fue uno de los ideólogos de la teoría del poder constituyente como capacidad generadora de la soberanía popular que rebasaría al Estado y la Constitución para la concreción de transformaciones al ordenamiento constitucional.¹²³ Considero que hay dos observaciones centrales para contrastar esta teoría: i) el poder constituyente expresa la voluntad de mayorías políticas que no necesariamente respetan y cuidan los derechos y libertades de las minorías; y, ii) si se reconoce las capacidades de un poder constituyente ilimitado y omnímodo que puede rebasar la vigencia del ordenamiento constitucional, ¿cuáles serían las reglas constitucionales que imperarían para mantener el sistema democrático y las garantías normativas para que la institucionalidad constitucional no sucumba frente a las tentaciones absolutas de un poder mayoritario transitorio?

El poder constituyente reformador apela a la formación de un sujeto político que conforma su organización para la definición de su voluntad y decisiones. Sin embargo, la participación del pueblo condensa una mayoría política relativa frente a segmentos de la población que se ubican como minorías políticas relativas. Esa relación entre mayorías y minorías políticas que dan forma al poder constituyente reformador son procesos reglados por una normatividad que evita que el pueblo que ejerce temporalmente el poder constituyente reformador se transforme en omnipotente. Caso contrario, ¿qué derechos y garantías conservarían aquellos individuos que no forman parte de la mayoría política circunstancial que hace uso del poder constituyente reformador?

¹²³ Emmanuel Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?* (Madrid: Alianza, 2003).

Precisamente la mayoría política que detenta el poder constituyente reformador debe observar límites democráticos para que los fundamentos del Estado constitucional no puedan ser absorbidos o desmantelados por un segmento de la población que usurpa la categoría de ser la totalidad del pueblo para realizar cambios a la norma suprema. De ahí que el poder constituyente reformador o derivado no puede ser comprendido como la voluntad omnímoda del pueblo porque tiene límites directos en tanto ese poder se convierte en una mayoría de carácter democrático y debe respetar los límites que le impone el ordenamiento constitucional y el respeto a la vida política de las minorías que se convierte en otro límite. En el momento en que estos límites se vuelven frágiles, el poder constituyente reformador distorsiona la soberanía con abusos incontrolados que afectan los derechos de los ciudadanos. Al respecto, es propicio el señalamiento de Amaya:

[...] el pueblo, que es el único soberano, se autolimita por medio de la Constitución. Las Constituciones modernas pretenden garantizar jurídicamente la soberanía popular, es decir, el poder del pueblo para autodeterminarse, lo que implica, en última instancia, regular jurídicamente los cambios de consenso que constituyen la raíz misma de las sociedades democráticas. El poder constituyente reformador o derivado es objeto propio de estudio de las disciplinas jurídicas, propiamente del derecho constitucional, ya que, a diferencia del poder constituyente originario, tiene un fundamento esencialmente jurídico, pues se ejerce en virtud de una habilitación constitucional. [...] El poder constituyente derivado es naturalmente limitado, porque es un poder constitucional. Esto se advierte claramente en las constituciones rígidas; y en las flexibles que se reforman mediante ley ordinaria. Tal procedimiento común reviste también carácter limitativo, ya que pese a la flexibilidad de la constitución, solo se admite su enmienda por el procedimiento legislativo.¹²⁴

Para completar el análisis, es pertinente analizar la pregunta formulada por Ramírez Cleves: “¿puede el poder democrático fundar un nuevo orden ajeno a las normas que ha creado con anterioridad?”¹²⁵ La Constitución como norma suprema y pilar fundamental del sistema jurídico reproduce una tensión al momento de su reforma: ¿prevalece el principio democrático o el principio de la supremacía constitucional?

El cambio constitucional representa una normatividad superior que consagra los equilibrios de las estructuras jurídicas constitucionales para que no se alteren a pesar de la justificación de la voluntad política democrática. Cuando afirmo que el poder popular es el encargado de crear el Derecho constitucional, este es un proceso donde debe estar

¹²⁴ Jorge Alejandro Amaya, *Minorías políticas y procesos mayoritarios. Análisis de la legalidad y legitimidad del artículo 5 de la Ley 24.309 declarativa de la reforma constitucional de 1994* (Buenos Aires: La Ley / Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014), 229.

¹²⁵ Gonzalo A. Ramírez Cleves, *Límites de la reforma constitucional en Colombia*, 280.

contenido el poder, porque si bien es un proceso de construcción política del Estado, no es un poder que puede doblegar el poder público instituido por la Constitución y apartarse de ser una función instrumental por convertirse en una fuerza de coerción que no cumple la ordenación de la formación de la voluntad de un grupo social.

2.2. La Constitución como regla básica del sistema jurídico y garantía-límite del poder democrático para el mantenimiento y modificación de las reglas constitucionales

La carta suprema contribuye para que una comunidad y sus individuos puedan definir el modelo normativo proyectado de sus derechos y protecciones. Sin embargo, las relaciones entre el Derecho estatal y la ciudadanía se agotan y no alcanzan a procurar la plena satisfacción de sus intereses jurídicos. Por ello mismo, el cambio de las proposiciones constitucionales es una alternativa inherente a su existencia. Es decir, la sociedad requiere modificar las modulaciones de la producción y realización de la vida estatal. Dicho lo anterior, es pertinente la apreciación de Antonio Rovira sobre cambio y constitución:

La necesidad lo determina todo. Somos la única especie que para poder vivir tiene forzosamente que decidir, tiene que elegir y competir. Y esta necesidad se ha convertido en nuestra categoría diferenciadora y nos ha forzado a organizarnos y a fabricar el Derecho, un conjunto de palabras, de reglas que inventamos para poder defendernos, para poder mantenernos. La verdad en derecho es verdad porque nos interesa. Por eso no hay un Estado sin Derecho aunque solo el Estado de derecho, la democracia, viene regulada y sometida a una norma superior que nos dice quién puede ejercer el poder y en qué condiciones, cómo se hacen las leyes y cuáles son nuestros poderes. Así es; la Constitución es un producto nuestro, demasiado nuestro: parcial, imperfecto, caprichoso y siempre interesado, que debe cambiar porque sus palabras también envejecen y se desgastan como cualquier otra materia.¹²⁶

El poder político del pueblo para impulsar el poder constituyente reformador es una decisión que involucra la necesidad de mejorar y poner al día el Estado democrático y clarificar aquellos aspectos del ordenamiento constitucional que no han sido resueltos con el último proceso de aprobación constitucional y su producto.¹²⁷ La visión de

¹²⁶ Antonio Rovira, “Cambio y constitución”, *El País* (Madrid), 24 de julio de 2015, disponible en <http://elpais.com/elpais/2015/07/22/opinion/1437583288_424971.html>. Consultado: 4 de marzo de 2016.

¹²⁷ Juan Luis Cebrián, “Reconstruir el Estado”, *El País* (Madrid), 20 de septiembre de 2015, disponible en <http://elpais.com/elpais/2015/09/19/opinion/1442680976_955218.html>. Consultado: 4 de marzo de 2016.

Cebrián es importante tomarla porque entiende por cambio constitucional una oportunidad para mejorar y fortalecer las instituciones y señala: “sin instituciones sólidas, estables e independientes del sectarismo coyuntural de los gobiernos no puede funcionar un Estado democrático y moderno”.¹²⁸ Los impulsos del poder constituyente reformador pueden provenir de la ciudadanía con distorsiones democráticas; no obstante, también el poder constituido puede activar su poder reformador con pretensiones que aseguren más poder al poder y que debiliten los instrumentos que se han establecido para controlarlo.

Lo trascendental es resaltar que el poder constituyente reformador y el poder constituido reformador –conforme cada diseño institucional- deben tener dispositivos democráticos que exijan las acciones de cambio institucional que postulan para que aquello pueda ser sometido al control y verificación del proyecto constitucional vigente porque los grandes filtros de control a todo proceso de reforma puedan cuidar aquellas preservaciones jurídicas y políticas que la ley máxima detenta.

La vigencia de la Constitución supone etapas de deterioro institucional que requieren de un momento de cambio y las orientaciones iusfundamentales deben responder a las confrontaciones que cada tiempo exige, lo cual entraña revisar si su sistema de principios y reglas representa un factor de atención a la vida de los individuos o si se ha convertido en un sistema de espaldas a sus problemáticas concretas. Esta consideración es relevante porque las deficiencias del andamiaje institucional no pueden ser corregidas únicamente con cambios en el Derecho de la Constitución. Por ello, también, el poder de reforma y la voluntad democrática tienen la obligación de respetar las instituciones para su concreción y evitar derivas autoritarias. Se trata, entonces, de que la libertad del poder constituyente reformador tampoco pueda convertirse en una amenaza del sistema democrático, como también hay que señalar que el deterioro institucional que no es reformado por el poder del pueblo puede, igualmente, ser una amenaza que afecte al sistema.

El poder constituyente reformador y derivado que, puede ejercerse por un órgano de representación o por la participación directa del soberano, actúa a partir de la conservación de la situación jurídica de los miembros de una comunidad, como una de las responsabilidades de la Carta Fundamental. El momento de cambio constituyente no puede desconocer las normas jurídicas que regulan los órganos del Estado y sus

¹²⁸ *Ibíd.*

actuaciones, y tampoco puede omitir el status normativizado de las relaciones entre el individuo y el aparato estatal. Un proceso de cambio constitucional impulsado por el poder constituyente reformador o derivado, esto es, el pueblo, no puede descartar lo que este mismo sujeto instauró como parte de la regulación política estatal, ni prescindir de las palabras acordadas por el pueblo en otro momento constituyente, las cuales fueron convertidas como proclamas integrantes de la norma mayor.

La constitución supone distintas reglas de advertencia para ordenar, decretar y establecer sus procedimientos de cambio mediante precompromisos constitucionales que existen para no ser quebrantados. Coincido con Antoni Negri cuando formula la concepción de poder constituyente como fuente coextensiva en el institucionalismo jurídico y lo define de la siguiente forma:

Es pues sobre la base de la ‘constitución material’ como vendrá interpretada, modificada y, eventualmente, cambiada la constitución formal. El límite de elasticidad de la constitución formal es aquel que se extiende entre las fuerzas que constituyen políticamente la sociedad y que forman su constitución material a través de compromisos institucionales continuos. No una norma base, sino un movimiento incesante es lo que está en la base de la constitución y determina su dispositivo dinámico.¹²⁹

Sostengo aquí que es el pueblo el sujeto que tiene derecho y garantías para desplegar su soberanía y modificar la norma máxima cuando su voluntad condensa la decisión de una oportunidad y necesidad para hacerlo. No obstante, al igual que el cambio iusfundamental debe volver a su fuente de formulación: la comunidad, también, el pueblo tiene como punto de partida la observancia de procedimientos y reglas irreformables que perfilan la innovación suprema. En lo concerniente a esta formulación, la afirmación de Hernández Galindo es coincidente:

Cuando hablamos del poder de *reformular la Constitución*, no estamos hablando del ejercicio de la soberanía que corresponde al constituyente, sino de una *competencia*, que se debe por completo a los términos en que la Constitución haya otorgado a un órgano, o a unos órganos constituidos, la *facultad* –que de otro modo no tendrían– de modificarla. No es lo mismo, entonces, ni en su origen, ni en su dimensión, ni en su naturaleza, la facultad o poder de reforma –cuyo cometido es la adaptación de la Constitución a los cambios de orden político, social, económico que se van produciendo en el interior de la comunidad a ella sometida– que el poder de crear la Constitución.¹³⁰

¹²⁹ Antoni Negri, *El poder constituyente. Ensayos sobre las alternativas de la modernidad* (Madrid: Libertarias / Prodhfi, 1994), 27.

¹³⁰ José Gregorio Hernández Galindo, “El control de constitucionalidad sobre los actos reformativos de la Constitución: ¿competencia judicial o poder político?” en Hernando Yepes Arcilla y María Cristina

La innovación de la regla jurídica básica del Estado es el producto de las pragmáticas del poder constituyente reformador que se hallan condicionadas por un marco normativo e institucional que modulan los modos de operación de la soberanía popular y estructuran el orden democrático y las relaciones entre poder constituyente y constituido. Por lo expuesto, también coincide con Hernández Galindo cuando señala que:

El origen del poder constituyente es la soberanía, en cuya virtud el Estado es capaz de darse su propio ordenamiento jurídico fundamental, al paso que el poder de reforma tiene su origen en la Constitución, ya creada o establecida; la dimensión del poder constituyente abarca la totalidad de la Constitución, como estructura integral del poder del Estado y como sustento y norma fundamental del sistema jurídico, mientras que la dimensión del poder de reforma depende de lo que quiera estatuir el constituyente, que puede ampliar o restringir a su gusto la competencia que confiere; la naturaleza del poder constituyente es eminentemente política, y la del poder de reforma es jurídica: se encuentra atada a las normas constitucionales que habilitan al órgano u órganos autorizados.¹³¹

El poder de reforma está regido por una gramática pública que acuerda el sometimiento de la acción política a los límites del institucionalismo constitucional y un contundente ajuste de sus disponibilidades a los instrumentos del cambio normativo. La intervención del poder constituyente reformador está dada por el apego a la dogmática constitucional y la efectiva utilización de las mecánicas de operación de la voluntad popular, pero tal y como esta ha sido constituida por los equilibrios democráticos que impone la supremacía constitucional.

2.3. Supremacía, rigidez y garantías de la Norma Máxima

La carta fundamental constitucionaliza los poderes que participan en su concreción jurídica. Por tanto, las expresiones del poder reformador de la suma regla suprema del orden estatal no solamente puede responder a las voluntades políticas de la población que opta por su modificación, sino que la voluntad del cuerpo electoral está tutelada por la permanencia y proyección de la norma máxima.

Manzano Noguera (edits.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho Público* (Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana / Temis, 2010), 169.

¹³¹ *Ibíd.*, 169.

La norma positiva fundamental contiene un subsistema de garantías que pueden variar según su composición. Pueden destacarse las siguientes según Ferreyra:

i. División de las tareas de los poderes constituidos; ii. Reforma constitucional; iii. Emergencias y autodefensa constitucional; iv. Desarrollo progresivo de los derechos subjetivos constitucionales por intermedio de la reglamentación a cargo del Congreso; v. Estándar de racionalidad, mínimo aceptable, y función republicana; vi. Interpretación y control judicial de la constitucionalidad; y, vii. Control del Congreso.¹³²

La regulación del procedimiento de reforma pretende consagrar dos de los postulados del Derecho de la Constitución: su estabilidad y perdurabilidad. El afianzamiento de la ordenación comunitaria atraviesa conflictos de interpretación y dinamismo en su comprensión porque las demandas de cada sociedad exigen encontrar sentidos variados en la implementación de la norma suprema. Ergo, es la Constitución, por la supremacía de sus contenidos normativos, que expresa superioridad en el orden jerárquico jurídico; y, además, que es la regla básica de superioridad en el ámbito político al establecer las condiciones donde se fundamentan las relaciones políticas de la sociedad para su modificación.

La supremacía constitucional es una garantía del Derecho de la Constitución. No obstante, el proceso de su reforma y el control de constitucionalidad también representan garantías por cuanto es la norma suprema quien establece los modos y las formas de creación del Derecho. Las garantías de la carta fundamental existen y se respetan por intermedio de su carácter de norma jurídica. El criterio fundante de validez formal y material del código político es su consideración como norma superior y fundamentadora del ordenamiento jurídico. Estas afirmaciones que sostengo se identifican con el pensamiento de Pérez y Barceló:

Por una parte, la supremacía formal presupone que la Constitución constituye la fuente de las fuentes del derecho y que goza de una especial rigidez. Respecto a lo primero, la Constitución es el instrumento definidor de las formas de producción de las normas jurídicas y describe el procedimiento de producción de los principales tipos normativos. Respecto a lo segundo, la Constitución no puede modificarse, si no es por medio de unos procedimientos especiales de reforma que ella misma regula, lo que la dota de una especial estabilidad a sus preceptos.¹³³

¹³² Raúl Gustavo Ferreyra, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad* (Buenos Aires: Ediar, 2014), 84-5.

¹³³ Miguel A. Aparicio Pérez y Mercè Barceló i Serramalera (coords.) *Manual de derecho constitucional* (Barcelona: Atelier, 2012), 314.

Un elemento determinante para enunciar la supremacía constitucional y su garantía es la definición que se adopta de la carta fundamental. Francesc de Carreras concibe a la constitución como el principal instrumento normativo del que se confiere una sociedad para convivir de acuerdo con los valores de libertad e igualdad y sostiene que “si el instrumento ya no sirve para alcanzar este objetivo, oponerse a su reforma es traicionar a esta sociedad pero no a la constitución”.¹³⁴

La constitución es el ente supremo del orden jurídico y su duración está directamente asociada a la protección de los valores, principios y reglas que encarna; por lo que, cuando no alcanza a tutelar a aquellos en su mantenimiento y desarrollo es necesaria la reforma. No obstante, en su órbita de cambio prevalece también la supremacía y garantías que expresa, todo lo cual permitiría al Derecho constitucional programar aquellas innovaciones que sean imprescindibles. Esta postura debe considerar algunas precisiones realizadas por de Carreras que manifiestan la relación entre supremacía y garantía:

[...] la constitución es un sistema normativo y la estabilidad es una de sus notas esenciales. Que las constituciones son un sistema de normas implica que el cambio de una de estas normas pueda tener repercusiones en el significado de las demás. Que las constituciones deban ser estables implica que en su texto sólo deben incluirse aquello que por ser fundamental no se quiere que sea votado en un parlamento. Lo constitucional es lo no votable. Por último, hay que recordar lo dicho: el valor político de nuestra Constitución radica en que fue aprobada por una gran mayoría mediante consenso.¹³⁵

El vínculo entre supremacía y garantía está encausado por dos axiomas centrales: i) resguardar la estructura del texto como Derecho supremo y ii) consagrar la subordinación del Estado al Derecho de la Constitución. La realización de la carta suprema es dotar de una realidad normativa a toda actividad estatal. Por ello, la determinación y producción jurídica del Estado se fundamenta sobre la primacía de la norma máxima. Supremacía y garantía están unidas indisolublemente porque el ordenamiento jurídico requiere que la Constitución acumule para sí misma la exclusividad y predominio en el sistema de fuentes.

En la configuración de su reforma, la rigidez constituye también un elemento propiciador de su garantía por cuanto al disponer de procedimientos agravados para que

¹³⁴ Francesc de Carreras, “¿Debe reformarse la Constitución?”, *El País* (Madrid), 2 de diciembre de 2013, disponible en <http://elpais.com/elpais/2013/11/29/opinion/1385735281_682771.html>. Consultado: 5 de marzo de 2016.

¹³⁵ *Ibíd.*

su primacía no pueda ser modificada con el trámite ordinario de normas infraconstitucionales o subconstitucionales. Cuando el poder constituyente se somete a un proceso de ordenación para la reforma iusfundamental, también prescribe que los poderes constituidos guarden la preeminencia normativa de la supremacía constitucional al momento de su alteración.

La regla suprema de ordenación institucional prefigura el contenido fundamental de la rigidez normativa para resguardar la regulación y la realización de la fuerza del Estado, todo lo cual debe permanecer en la variación de los enunciados constitucionales. Aquella fuerza se exterioriza por intermedio de los procedimientos reglados del poder público.

El aseguramiento de la Constitución, como representación de la racionalización de la fuerza y el poder del Estado, consiste en permanecer y perdurar allende sus cambios necesarios para la supervivencia del sistema constitucional. Y allí, la regla suprema se presenta como garantía para señalar las previsiones de su reforma, los autores que intervienen y la cantidad de cautelas que la posibilitan. Dada la complejidad e inestabilidad que puede provocar un momento de reforma, la estructura de normatividad positiva controla que las acciones u omisiones de algún poder, órgano estatal o de un particular puedan incurrir en repertorios no regulados durante el momento reformador o instituido. Prestando atención a lo dicho, las atribuciones del control de constitucionalidad de la reforma son también una garantía de su preeminencia normativa. Por lo expuesto, la reforma y el control son garantías constitucionales.

La conjugación normativa de los derechos y garantías en la regla suprema pueden afectarse en un proceso de reforma. Y es que la misma Constitución necesita de un blindaje que pueda garantizarla; para ello, el control de la reforma verifica que el plan constitucional pueda permanecer indemne frente a las dinámicas reformistas. Al mismo tiempo, la voluntad de autogobierno de la ciudadanía está presente dentro y fuera del Estado; ello así, es la Constitución quien permite que esa voluntad política trascienda como voluntad jurídica cuando la ciudadanía acepta unas reglas de juego fijadas para prevenir la constitucionalidad de su resultado: el cambio constitucional.¹³⁶

¹³⁶ Para el estudio de un caso conflictivo sobre este tema, ver Javier Pérez Royo, “Problema constituyente”, *El País* (Madrid), 2 de julio de 2010, disponible en <http://elpais.com/diario/2010/07/02/opinion/1278021605_850215.html>. Consultado: 6 de marzo de 2016.

Las garantías de la Constitución son instrumentos de protección frente al trayecto político-institucional que significó su elaboración y con respecto a las eventuales dinámicas que modifiquen su cuerpo normativo. Garantizar la norma positiva fundamental consiste en articular los mecanismos de su defensa con las justificaciones que explican la conveniencia de su reforma. La explicación de Miguel Martínez Cuadrado al relatar el caso español permite clarificar la concepción de garantía y su correlación con rigidez y supremacía:

El constituyente de 1978 tuvo el convencimiento, expresado esencialmente en el Preámbulo y en el Título Primero, que el texto pactado era producto de una transacción muy compleja que era preciso defender frente a los adversarios de entonces y los que irían surgiendo con posterioridad. Y probablemente comete entonces un error fácilmente excusable pero difícil aunque no imposible de llevar a buen fin: Someter la Norma fundamental a una defensa y un fuerte blindaje frente a posibles aventuras desnaturalizadoras de los valores, principios y normas que la inspiran. El título décimo se suma a la tipificación de las constituciones rígidas y requiere para su reforma sustantiva, una revisión total o parcial, un procedimiento de acuerdo por dos tercios de cada Cámara (Congreso 234 diputados de 350), seguido de su disolución, nueva aprobación por dos tercios de las nuevas cámaras, seguida de un referéndum popular favorable para su ratificación (art. 168).¹³⁷

La carta máxima de la vida estatal es protegida mediante sus garantías que dan forma y permiten su carácter de norma suprema. La reforma, el control de constitucionalidad y la rigidez actúan como garantías y artificios de cerrojo para la defensa del código político. Estos elementos proveen de dispositivos institucionales al ordenamiento jurídico y se convierten en garantías institucionales y normativas. Precisamente para evitar que existan actos lesivos de los poderes públicos o de la comunidad se activan las garantías para amparar su estructura normativa. Bidart Campos precisa la siguiente formulación sobre la supremacía:

Decir que la constitución tiene supremacía alcanza dos significados posibles: a) con uno queremos afirmar que la *constitución material* es la base o el fundamento que da efectividad y funcionamiento al orden jurídico-político de un estado; b) con otro, adosado a la tipología de la *constitución formal*, se señala que, por estar revestida de superlegalidad y supremacía, la constitución impone como ‘deber-ser’ que todo el mundo jurídico inferior a ella le sea congruente y compatible, y no la viole ni le reste efectividad funcional y aplicativa.¹³⁸

¹³⁷ Miguel Martínez Cuadrado, “En defensa de la Constitución... y en la conveniencia de su reforma”, *El País* (Madrid), 6 de diciembre de 2015, disponible en <http://elpais.com/elpais/2015/12/06/opinion/1449398253_444472.html>. Consultado: 6 de marzo de 2016.

¹³⁸ Germán J. Bidart Campos, *Compendio de derecho constitucional* (Buenos Aires: Ediar, 2008), 23.

La toma de decisiones en el control de constitucionalidad también representa un motivo de realización de la garantía de la Constitución. Para autores como John Hart Ely, esas decisiones deben garantizar la más amplia participación para tutelar los derechos de las minorías y grupos desaventajados. Este autor lo explica de la siguiente manera:

[...] varios de los derechos que no están mencionados en la Constitución debieran, sin embargo, recibir protección constitucional por el papel que desempeñan en mantener abiertos los canales del cambio político. Un análisis similar parece aplicable al ámbito del que nos ocupamos ahora, el de la protección de las minorías. En efecto, como lo mencionamos antes, la propia Declaración de Derechos protege algunos derechos cuya selección sería mejor explicada en términos de una preocupación profiláctica por lo que más tarde hemos llegado a llamar igualdad de protección.¹³⁹

El control de constitucionalidad supone una garantía de la carta fundamental porque coadyuva para que las decisiones de los poderes públicos puedan ser revisadas en cuanto a que sus procesos de formulación hayan observado condiciones participativas y políticas de los actores sociales y, al mismo tiempo, cuiden los derechos de participación e igualdad en las determinaciones últimas de aquellas decisiones. La rigidez actúa como garantía y como principio de fundamentación para que los procedimientos se delimiten por perspectivas altamente democráticas de los poderes constituidos. La reforma constitucional se legitima con las garantías que ofrece el texto supremo siempre que permita la intervención amplia e inclusiva de los sectores sociales que requieren más protecciones que el conjunto de la comunidad.

Es por ello que resulta pertinente el tema abordado por Ignacio Burgoa cuando refiere a la reformabilidad constitucional, donde “la fundamentalidad y la supremacía no explican por sí solas el ser sustancial de la Constitución, pues ésta no es simplemente un documento jurídico en que se contengan sistematizadamente diversas normas básicas del Estado”.¹⁴⁰ Para este autor, la norma suprema debe tener alma y ésta se expresa en un conjunto de principios políticos, sociales y económicos que no son el producto de

¹³⁹ John Hart Ely, *Democracia y desconfianza*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, 1997), 207.

¹⁴⁰ Ignacio Burgoa, *Derecho constitucional mexicano*, (México, D.F.: Porrúa, 1997), 380.

imaginación de sus autores, sino que se encuentran arraigados en el ser, el modo de ser y el querer ser de un pueblo.¹⁴¹

Coincido con Burgoa en que el carácter jurídico de la Constitución rebasa su contenido normativo formal a los preceptos supremos que consagran los atributos y características ontológicas de una comunidad, así como sus aspiraciones más sentidas que hablan de su experiencia histórica.

El cumplimiento de la constitución como norma jurídica está supeditado al funcionamiento de las garantías y su respeto por parte de la autoridad y la ciudadanía. En efecto, para la defensa de la norma suprema en cuanto a su superlegalidad y jerarquía normativa se vuelven imprescindibles que el control y sus garantías se complementen. Conforme esta afirmación, Bidart Campos plantea lo siguiente:

Para defensa de la Constitución suprema, hace falta que exista y funcione algún sistema de *control*. El control constitucional sirve de *garantía* para declarar que las normas y los actos violatorios de la Constitución son *inconstitucionales*. El efecto de tal declaración, según cómo sea el sistema de control, puede limitarse a desaplicar la norma o el acto inconstitucionales en el caso donde así se declara y dispone, o adquirir un efecto general que llegue hasta derogar la norma o el acto inconstitucionales.¹⁴²

A decir de Bidart Campos, en otra de sus obras: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, explica que esta fuerza requiere de ser asistida por sus garantías porque cuando la norma máxima no es acatada son pertinentes sus remedios sustitutivos para recuperar su aplicación y el funcionamiento no logrados.¹⁴³ En efecto, mi señalamiento sería que la reforma y el control constitucional se presentan como medios de exigibilidad para restituir la fuerza normativa y vinculante de la carta iusfundamental. La tesis de esta autor consiste en que cuando la Constitución es transgredida no se debe a que carezca de fuerza normativa, sino porque se le sustrae el instrumental y la palanca de reaseguro para su aplicación, los cuales son los equivalentes a un sistema de garantías y al control de constitucionalidad.

Cuando hay una inobservancia a la norma máxima, según Bidart Campos, lo que se presenta es un bloqueo disfuncional de su fuerza normativa que le cohié su operabilidad.¹⁴⁴ Esta visión es relevante porque permite coincidir con este autor en que el insistido auxilio de la norma iusfundamental debe ser deparado por un sistema de

¹⁴¹ *Ibíd.*, 380.

¹⁴² *Ibíd.*, 23.

¹⁴³ Germán J. Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa* (Buenos Aires: Ediar, 2004), 52.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, 53.

garantías y del control de constitucionalidad, los cuales son medios institucionales para enfrentar las condiciones en que dicha fuerza se obtura.

La reforma constitucional, siendo un proceso encuadrado bajo las implicitudes de la supremacía constitucional y teniendo a la rigidez como un sustento para su completitud, deviene en proyecto de conservación del sistema de garantías que ofrece la Constitución para que los fines integrales que ella contiene puedan alcanzar eficacia.

2.4. Límites y controles del poder reformador

La configuración del Derecho constitucional es un quehacer político y sus imprevisiones se convierten en provisiones constitucionales estatuidas por la garantía de la reforma constitucional. De ahí que las reglas básicas que organizan la reforma están sujetas a un control que fragua otra garantía. Entonces, cabe la interrogante ¿cuáles son los ámbitos o parámetros normativos que debe supervisar el control constitucional como garantía que preserve la norma suprema del sistema?

Los cambios a la Ley Mayor devienen en creación constitucional que debe ser asistida por una regularidad de procedimientos que permitan la creación jurídica de aquellos cambios. Los límites presuponen la existencia de caminos lindantes que debe observar el poder reformador porque se trata de una configuración reglada. Las limitaciones de la reforma ponen de manifiesto, pues, las expectativas que sirven para que el poder reformador se mantenga como poder constitucional limitado que no sobrevenga en poder descontrolado o fuerza política carente de limitaciones.

En palabras de Ferreyra, “la comprensión de la Constitución como norma que ocupa la cúspide del sistema jurídico estatal hace insoslayable considerar que los límites queden integrados en el sistema como verdaderas disposiciones jurídicas, aunque cumpliendo funciones bien distintas”.¹⁴⁵ Si partimos de una visión liberal del Estado, todas las disposiciones constitucionales representan frenos y contrapesos que se convierten en límites que conforman límites al poder porque dispensan validez formal y material a la actividad estatal. En este sentido, entonces, la idea de la Constitución como límite instituye “la frontera entre lo que es posible desde una perspectiva política y lo que lo es desde una comprensión jurídica”.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Raúl Gustavo Ferreyra, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, 428.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, 428.

Lo cierto es que, como no se pueden prever los problemas futuros de la comunidad jurídica organizada, la Constitución no puede convertirse en una barrera inalcanzable para su modificación, pero tampoco puede permanecer descollada o exigua para afrontar las exigencias de esa comunidad. En efecto, la defensa de la Ley Mayor presupone aceptar la necesidad de que pueda ser cambiada sin afectar sus postulados y logros obtenidos en su proceso de aprobación. De hecho, los límites de la reforma constitucional pretenderían la regulación de sus posibles manifestaciones para equilibrar dos posturas explicadas por Joan Botella que, si bien corresponden a la Constitución española, las empleo en este análisis para explicar los objetivos de los límites al poder reformador:

[...] los que en su día apoyaron la Constitución de 1978 hoy la dan por superada, inadecuada o insuficiente, y los que se opusieron a ella la han transformado hoy en un muro infranqueable. Para estos últimos, la Constitución es la última palabra, la solución definitiva a los problemas de la convivencia en España: aquello que no menciona, no es posible; es más, es indeseable. El texto constitucional delimita un perímetro infranqueable. Para muchos de los primeros, en cambio, la Constitución de 1978 ha quedado agotada, incapaz de superar las inercias de nuestro pasado. Los defensores de la Constitución lo vemos de un modo distinto. Ninguna norma constitucional puede prever todos los problemas futuros; por ello es necesario que pueda adaptarse para abordar nuevos retos. Y ello exige tomarla, no como la solución definitiva, sino como una "caja de herramientas" que permite abordar problemas que en su momento, 1978, no se podían prever.¹⁴⁷

Los límites de la reforma permiten que el poder que la innovaría trascienda como un poder normativo que consigna dos tipos de pautas para su realización: las de forma y las de contenido o materia. Las orientaciones constitucionales de los límites es lo que coadyuva la adaptabilidad evolutiva de su estructura.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Joan Botella, "Nostalgia constitucional", *El País* (Madrid), 26 de noviembre de 2012. Consulta 4 de abril de 2016: <http://elpais.com/elpais/2012/11/23/opinion/1353677650_374868.html>, s/p.

¹⁴⁸ Joan Botella explica el caso español y una breve revisión comparada del carácter reformable de las Constituciones y lo hace desde una precisión de la Constitución española de 1978 de la siguiente manera: "Reformarla no es fácil (en las partes más delicadas del texto se requiere mayoría de dos tercios en las Cámaras, disolución, elecciones, nueva mayoría de dos tercios y referéndum); pero es interesante anotar que en España no existen límites materiales a la reforma constitucional. Es, de hecho, la única Constitución de nuestro entorno inmediato que no los tiene. En Italia, no se puede revisar la forma republicana de gobierno; en Francia, no cabe cuestionar ni la República ni su integridad territorial; en Portugal, la lista es más larga, incluyendo los derechos y libertades fundamentales y, de nuevo, la integridad territorial. Todo ello no se da en nuestro caso: por delicada que sea la cuestión, y por enfática que sea la redacción del artículo 2 del texto, todo su contenido es reformable. Todo, incluida la propia integridad territorial de España (como demuestra la diferencia con los textos constitucionales de nuestros vecinos). Incluso se puede reformar, en su caso, el propio artículo que establece un procedimiento de reforma tan endiabladamente complicado"; *ibíd.*

La teoría constitucional reconoce, entre los límites de la reforma, a las cláusulas pétreas como aquellas disposiciones de máxima rigidez constitucional. Ignacio Colombo Murúa las define de la siguiente forma:

Las cláusulas pétreas son aquellas disposiciones que, incluidas expresamente en los textos normativos, establecen que determinados contenidos no pueden ser modificados. Ellas configuran, por lo tanto, un límite explícito al proceso de revisión constitucional. (...) Por consiguiente, las notas esenciales que configuran a este tipo de cláusulas son su disposición expresa –es decir, están explícitamente establecidas en el texto constitucional-, y la declaración de irreformabilidad de determinados contenidos –en virtud de ellas la misma constitución, de manera autorreferencial estipula todo lo que no puede ser objeto de revisión-.¹⁴⁹

Los límites de la reforma constitucional son impedimentos y delimitaciones que contribuyen en la defensa de ciertos contenidos constitucionales al momento de su modificación. Humberto Nogueira Alcalá desarrolla una descripción de diferentes tipos de límites: los explícitos como los obstáculos que establece el texto constitucional para la eliminación de determinadas instituciones constitucionales; los implícitos como los que se deducen de la ley fundamental y de sus valores y principios, que invalidan la utilización de la reforma constitucional para destruir aquellos principios básicos estructurales del ordenamiento constitucional vigente.¹⁵⁰

Este autor también indica la existencia de límites autónomos que se refieren a los que emanan del propio ordenamiento constitucional hacia el ordenamiento jurídico; los heterónomos como aquellos derivados de un ordenamiento ajeno al derecho interno y pueden provenir del derecho internacional o del derecho supranacional, “incidiendo y obligando al derecho interno a respetar y hacer respetar dichos límites”.¹⁵¹ Entre otros tipos de límites, cabe tener presente a los absolutos y relativos que son explicados por Nogueira Alcalá así:

También puede clasificarse los límites a la revisión constitucional en *límites absolutos* de reforma de la Constitución que son aquellos que no pueden ser superados por una reforma de la Constitución y *límites relativos* al poder de reforma constitucional, los cuales solo establecen condicionamientos a la reforma de la constitucional las cuales se desvanecen por si mismas, como son los procedimientos agravados, los límites temporales (período en que el texto no puede ser modificado) o límites circunstanciales

¹⁴⁹ Ignacio Colombo Murúa, *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas* (Buenos Aires: Astrea, 2011), 25.

¹⁵⁰ Humberto Nogueira Alcalá, “Poder constituyente y reforma constitucional: enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno” en Peter Häberle y Domingo García Belaunde (coords.) *El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés* (Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Inca Garcilaso de la Vega / Iustitia, 2012), 1275.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 1276

(determinadas circunstancias en que no puede modificarse el texto: durante estados de excepción constitucionales o guerra externa) a la reforma, entre otros.¹⁵²

A partir de los estudios en el derecho comparado, también, es posible identificar los límites del poder reformador de la constitución. Rubén Hernández Valle indica que existen dos técnicas al respecto y se trata de los límites expresos, esto es, los que establece la Constitución y los límites implícitos. El caso de la primera es seguida por las Constituciones alemana e italiana, que prohíben que se pueda modificar, a través de la reforma constitucional, el régimen republicano de gobierno y el régimen de los derechos fundamentales. En cuanto a la técnica de los límites implícitos, es empleada en España y Costa Rica, y existen dos procedimientos de reforma: la general y la parcial. Según Hernández Valle: “la primera se ejerce por medio de una Constituyente convocada al efecto y la segunda a través del Parlamento por un procedimiento agravado en relación con el procedimiento legislativo ordinario”.¹⁵³

Conforme la revisión de la doctrina y el Derecho constitucional comparado, el poder de reforma de la Constitución tiene límites explícitos en el cuerpo normativo que modulan los cambios para conservar el ordenamiento y contener aquel poder. Los límites pueden expresarse como regulaciones procesales y requisitos que buscan dificultar la modificación constitucional para que contengan procedimientos más agravados que los requeridos en la promulgación de normas infraconstitucionales. Un segmento de los requisitos aborda cuestiones como súpermayorías legislativas, debates legislativos temporalmente extendidos y la celebración de referendos. También existen casos de exigencias para que los procesos puedan diferir según el tipo de cláusulas constitucionales a cambiarse y otros como la limitación sobre el número de asuntos que pueden presentarse al electorado en un referéndum ratificatorio.¹⁵⁴

Por otra parte, además de los límites de naturaleza procesal, pueden encontrarse los explícitos al contenido de la reforma. A decir de Colón-Ríos, “estos límites toman la forma de cláusulas (generalmente conocidas como cláusulas pétreas o cláusulas de

¹⁵² *Ibíd.*, 1276.

¹⁵³ Rubén Hernández Valle, “Reforma constitucional y control de constitucionalidad” en Peter Häberle y Domingo García Belaunde (coords.) *El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés* (Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Inca Garcilaso de la Vega / Iustitia, 2012), 1322.

¹⁵⁴ Joel I. Colón-Ríos, “Notas sobre la reforma constitucional y sus límites”, en Juan Carlos Henao (edit.) *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la jurisdicción constitucional* (Bogotá: Corte Constitucional de Colombia / Universidad Externado de Colombia, 2013), 386.

intangibilidad) que establecen la eternidad de ciertos principios o disposiciones constitucionales”.¹⁵⁵

Lo relevante de los límites es identificar que aquellos cambios que se perfilen por procedimientos distintos a los establecidos en la suma regla suprema del orden estatal podrían generar un acto inconstitucional que puede ser declarado como tal por el órgano respectivo.

Para Miguel Carbonell, los límites a la reforma constitucional pueden clasificarse en tres grupos: i) heterónomos y autónomos; ii) explícitos e implícitos; y, iii) absolutos y relativos. Los heterónomos son límites impuestos por fuentes distintas al texto constitucional. Los autónomos son los límites impuestos por el mismo texto constitucional. En este último grupo, los explícitos corresponden a las cláusulas de intangibilidad y constan expresamente en la Norma Fundamental, mientras que los implícitos serían los interpretados o deducidos indirectamente de ella. La consideración de que los límites puedan ser absolutos o relativos está sujeta a la condición de ser superados por aspectos jurídicos o a la condición de que no pueden ser modificados por ningún aspecto o circunstancia generalmente jurídica.¹⁵⁶

Los límites explícitos como cláusulas de intangibilidad son divididas por Carbonell en temporales o materiales. Los primeros se refieren a la prohibición de reformar la Constitución durante un período de tiempo específico y los segundos consisten en una materia determinada con independencia del tiempo en que se ejecute la reforma. Es pertinente tener presente la siguiente explicación de Carbonell sobre la naturaleza de los límites temporales:

[...] pueden expresarse como prohibiciones de reforma dentro de un período predeterminado de tiempo (las que se podrían llamar limitaciones temporales en sentido estricto) o como prohibiciones de reforma cuando se presenten ciertas circunstancias (y que por tanto podrían llamarse prohibiciones circunstanciales). Las primeras son aquellas en las que se dice que durante 5, 10 o 20 años no pueden llevarse a cabo reformas, o bien que entre reforma y reforma deben transcurrir X número de años. Las prohibiciones circunstanciales, por su parte, son las que se establecen para impedir que las reformas constitucionales puedan llevarse a cabo bajo circunstancias que alteren la vida normal dentro de un Estado. Por ejemplo, las prohibiciones de realizar reformas constitucionales bajo el estado de sitio o de excepción.¹⁵⁷

¹⁵⁵ *Ibíd.*, 387.

¹⁵⁶ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales* (Quito: Cevallos, 2010), 279-0.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 280-1.

El núcleo de los límites explícitos se proyecta como barreras efectivas contra el ejercicio del poder reformador con el propósito que, aunque puedan aplacarse con el transcurrir del tiempo, aun en su vigencia representan un muro infranqueable para el poder de reforma a la Ley Fundamental.

Los límites implícitos entrañan el problema de la reforma de las prescripciones normativas y de la revisión total de la carta máxima. Estos límites, según Carbonell, enfrentan cuestiones complejas del sistema constitucional como la posibilidad de cambiar las propias normas que regulan la reforma constitucional y todavía más una dificultad mayor:

En el intento por *juridificar* todos los procesos políticos del Estado se ha llegado hasta querer juridicar aquello que es imposible de regular si atendemos a la historia: el poder constituyente originario. No otra función tiene la previsión, dentro del texto constitucional, de su propio cambio total. Con ese cambio se puede caer fácilmente en lo que se llamado el ‘fraude constitucional’ o el ‘falseamiento de la Constitución’, al tratar de revestir jurídicamente lo que en realidad no es más que la instauración de un régimen político distinto.¹⁵⁸

Gonzalo Ramírez Cleves formula la siguiente clasificación de los límites: los temporales, como aquellos que condicionan el poder de reforma a condiciones temporales expresas que limitan la actuación del momento de reformabilidad a un período determinado. En esta condición pueden considerarse el establecimiento de cláusulas de perpetuidad en algunos textos constitucionales.¹⁵⁹ Los límites circunstanciales se refieren a limitar la reforma en situaciones extremas en donde la eventual discusión democrática es cuestionada. Estos límites corresponden a específicos momentos de la vida estatal como regencia, estado de excepción o de guerra, ocupación de territorio por tropas extranjeras y otras circunstancias.¹⁶⁰

Este autor incluye en su clasificación a los límites lógicos y para explicarlos recurre a Alf Ross y “niega en primer lugar que las normas de procedimiento puedan ser modificadas por la autoridad que se somete a dichos preceptos, y en segundo término niega que las normas de procedimiento de reforma no provengan de otras normas, sino de meros hechos que son aceptados como derecho por la comunidad”.¹⁶¹ También hace referencia a los límites axiológicos como los límites de valores y en este grupo estarían

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 286-7.

¹⁵⁹ Gonzalo Ramírez Cleves, 57-9.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, 61-2.

¹⁶¹ *Ibíd.*, 62.

los límites axiológicos extrínsecos o textuales y los axiológicos intrínsecos. Ramírez Cleves cree que en el análisis de los límites cobran especial importancia las cláusulas positivizadas textualmente porque cumplen la labor de impedir la revisión de determinados aspectos del fenómeno de organización política-normativa. Por ello, para explicar los límites axiológicos como cláusulas de intangibilidad, descompone estas en primer lugar a las cláusulas que protegen el principio del Estado democrático; en segundo lugar, las que protegen los derechos fundamentales y, por último, otras de protección al Estado social, la forma territorial estatal y la secularización.¹⁶²

Para concluir la clasificación de este autor, incluye a los límites materiales implícitos y los define como “aquellas elaboraciones doctrinarias que partiendo de un análisis de la teoría constitucional en su conjunto, deducen zonas exentas del poder de revisión”.¹⁶³

En la opinión de los autores analizados puede identificarse que entre los límites de la reforma constitucional más recurrentes podemos encontrar los siguientes: i) la protección en el cambio de la forma política del Estado¹⁶⁴; ii) la protección de los derechos y garantías constitucionales; y, iii) aquellos aspectos concernientes a preservar el orden constituido. Estos elementos podrían definirse como aquellos fundamentos del orden constitucional, lo cual no podría alterarse porque afectarían la base esencial de la Constitución.

El balance que puedo precisar sobre la clasificación de los límites reformadores y sus alcances es que enfatizan sobre la protección al núcleo del orden constituido y cómo este no puede ser objeto de reforma. Ciertamente, la discusión de distintos estudios replican su inquietud en cuanto a que existen elementos que al ser modificados sí pueden afectar los referidos elementos debido a que en el ejercicio de la soberanía popular pueden surgir propuestas orientadas – de forma directa o indirecta- a proponer innovaciones en que pueden incidir en el orden constituido y en los fundamentos del orden constitucional. Para lo cual, además de la definición de las cláusulas pétreas, algunas cartas constitucionales prevén exigencias rigurosas y especiales en el trámite de una propuesta de reforma mediante condiciones agravadas para su aprobación como por ejemplo una alta mayoría parlamentaria.

¹⁶² Ibid., 71.

¹⁶³ Ibid., 85.

¹⁶⁴ Al respecto, ver el trabajo de Vera Gutiérrez Calvo y María Fabra, “Límites y requisitos de una reforma”, *El País* (Madrid), 3 de junio de 2014, disponible en <http://politica.elpais.com/politica/2014/06/03/actualidad/1401824816_614761.html>. Consultado: 13 de marzo de 2016.

De igual manera, otro tipo de límite puede ser entendido el mecanismo de revisión o verificación para supervisar el cumplimiento de los demás límites impuestos por la regla suprema del orden estatal. Otro límite de la reforma constitucional en el caso de consulta al pueblo para la decisión ratificatoria consiste en la definición de disposiciones en la Ley Máxima donde se incluyan aquellos aspectos que pueden ser motivo de referéndum obligatorio. De lo expuesto, puedo colegir que dependiendo del diseño institucional de la carta constitucional para su reforma puede contemplar mecanismos que correspondan a un referéndum y otros que correspondan a una reforma, o casos en que intervengan ambos mecanismos, los cuales se presentan como garantía de los límites y del sistema constitucional.

Benito Aláez Corral aprecia que las cláusulas de intangibilidad implican la exclusión de las expectativas de una minoría que frente a la mayoría no cuentan con la posibilidad de normativizar sus expectativas. Este autor vincula los límites materiales como los impedimentos de la transformación y evolución estructural del Estado para precautelar los eventuales peligros de la “positividad” del sistema y la validez misma del principio democrático, porque una minoría puede alcanzar capacidad para influir en el sistema político e imponer sus expectativas al margen del procedimiento jurídico reglado.¹⁶⁵

En la exposición de Aláez Corral, los límites materiales son la prohibición de alterar determinados preceptos constitucionales que los hace implícitos por la negativa a suprimir de forma absoluta la institucionalización del cambio en todo o en parte de las expectativas normativamente garantizadas por un ordenamiento.¹⁶⁶ Este autor tiene una concepción de los límites materiales de la reforma constitucional que posiciona su carácter contingente:

Ciertamente, igual que la ‘positividad’ implica la posibilidad de que la Constitución adopte cualquier contenido, éste también podría serlo uno que restringiese la propia ‘positividad’ del ordenamiento, limitándola mediante la prohibición de alterar determinados preceptos constitucionales, esto es, mediante la introducción de límites materiales a la reforma constitucional. Dichas prohibiciones expresas o implícitas de cambio, que tendrían carácter contingente, pueden referirse a todo el contenido primario del código, es decir, a todas aquellas expectativas normativas que se hayan podido generar a partir del contenido constitucional, o, por el contrario, sólo a la parte de aquél

¹⁶⁵ Benito Aláez Corral, “La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español” en *Aequum et Bonum* No. 1, 2003, 81-100.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, 90 y ss.

que garantiza las expectativas consideradas de mayor importancia para la estabilidad del sistema jurídico –como los principios estructurales y los derechos individuales-.¹⁶⁷

Este autor concibe que las prohibiciones deben tener un carácter absoluto y lo explica a este por la proyección de que sean reflexivas y autorreferenciales que impliquen su aplicación a sí mismas porque, de otro modo, “sería posible sustituir aquel contenido prohibitivo del código por uno permisivo con la sola reforma constitucional de la prohibición”.

Para concluir las clasificaciones expuestas por distintos autores, es oportuno tener como puntos centrales de los límites a las precisiones de Colombo Murúa cuando remarca que las cláusulas pétreas son las disposiciones constitucionales que expresamente declaran irreformables ciertos contenidos o artículos de la misma Constitución y en cuanto a su clasificación como límite a las reformas, puede ser expreso, autónomo, atemporal y absoluto. Los autónomos corresponden a un ordenamiento jurídico estatal determinado y al proceder de él son internos. Los heterónomos son los que se imponen a la función constituyente desde afuera, esto es, desde los ordenamientos internacionales. Los autónomos se dividen en expresos y tácitos. Los primeros se definen como los que constan expresamente en las constituciones y correspondería a las cláusulas pétreas, es decir, límites expresos. Los segundos son los no positivados en el ordenamiento y se desprenderían de su lógica o de normativa suprapositiva.¹⁶⁸

La clasificación de este autor también incluye los límites temporales y atemporales. Los primeros serían los que imposibilitan la reforma constitucional por un determinado plazo o hasta que se verifique una circunstancia determinada. Estos comprenderían a distintos tipos: por circunstancias especiales, sujetos a plazos –total o parcial según un lapso determinado de tiempo-. Los atemporales serían los que rigen *ad eternum*, es decir, sin un plazo determinado y con pretensión de perpetuidad. Para Colombo Murúa, “los límites atemporales están constituidos, exclusivamente, por las cláusulas pétreas. Por ende, éstas quedan clasificadas como límites autónomos explícitos y atemporales”.¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 89.

¹⁶⁸ Ignacio Colombo Murúa, *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*, 30 y ss.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, 33-4.

Las concepciones de Benito Alaéz Corral e Ignacio Colombo Murúa comparten la preocupación sobre las posibilidades que el poder reformador pueda alterar normas inmodificables, pero también consideran las realidades dinámicas a las que enfrenta un ordenamiento constitucional. Si bien las cláusulas intangibles pueden depender de condiciones políticas impredecibles, sus enfoques se orientan a precisar los reparos que pueden presentarse en la mutabilidad y permanencia del sistema al momento del cambio iusfundamental.

En la Constitución ecuatoriana, el cambio constitucional está previsto por intermedio de los mecanismos de enmienda, reforma parcial y total. Los límites autónomos expresos de la enmienda constitucional están ubicados en el Art. 441 de la Ley Fundamental cuando reconoce que el poder reformador no podrá incurrir en los siguientes elementos: a) alterar su estructura fundamental; b) modificar el carácter y elementos constitutivos del Estado; c) establecer restricciones a los derechos y garantías; y, d) modificar el procedimiento de reforma; y, en el caso de la reforma parcial sus límites están contemplados en el Art. 442 y se refiere a prohibir la restricción de los derechos y garantías y la modificación en el procedimiento reformador.

Las disposiciones previstas en los Arts. 441 y 442 de la Ley Máxima constituyen cláusulas de intangibilidad o pétreas porque son límites materiales de su reformabilidad.

El núcleo central de los límites a la reforma de la Ley Máxima es su preocupación hacia aquellos cambios parciales o totales que puedan atentar contra los valores mínimos y las garantías esenciales del sistema constitucional. La discusión de este tema se justifica por cuanto el poder reformador puede introducir prescripciones normativas que desfiguren el sistema y su porvenir democrático. Uno de los principales problemas que enfrenta un momento constituyente es que ciertas transformaciones que interfieran los resguardos normativos iusfundamentales pueden ser realizadas mediante las propias normas constitucionales y, para ello, los límites reformadores tienen el objetivo de previsión de su cambio dentro del texto sin romper la ingeniería y el contenido esencial del Estado constitucional.

2.5. La deliberación popular en la reforma constitucional como garantía del principio democrático

La proposición central de esta investigación es que el pueblo tiene los derechos políticos para ejercer el poder reformador de la Ley Fundamental. En consecuencia, es

el soberano quien puede crear y modificar el Derecho constitucional existente porque este sistema normativo permite el desarrollo de la democracia como sistema político que permite la intervención de la voluntad popular. Si la democracia es la expresión del pueblo soberano, y el Derecho constitucional fija las condiciones para que esa democracia y el pueblo puedan equilibrar sus poderes, entonces la sociedad activa su poder constituyente para fundir ese Derecho y las condiciones en que lo hace deben ser democráticas.

A pesar de las variaciones en que pueden definirse esas condiciones, el presente estudio se afirma en el enunciado de que los aportes que ofrece la democracia deliberativa para la participación del pueblo y la toma de decisiones en la creación del Derecho constitucional son una garantía para canalizar jurídicamente la regla democrática y hacer frente a las tensiones que puedan desprenderse con relación a otros elementos como la rigidez y supremacía constitucionales.

La implementación de mecanismos propios de la democracia deliberativa para asegurar la participación popular en el proceso de reforma permitiría la interacción mediada por acciones comunicativas y la interacción regida por normas donde los participantes coordinan e intercambian diferentes posiciones hacia una comunidad de lenguaje caracterizada por la *interacción simbólicamente mediada*. El pensamiento de Habermas es propicio para adaptarlo en este análisis y proponer que la base de validez de un proceso de reforma constitucional puede depender de que sus normas procedimentales adopten consensos mediados comunicativamente por razones expresadas mediante la participación social. Cuando este autor explica la estructura racional de la lingüistización de lo sagrado en la evolución del Derecho y la búsqueda de un *habla gramatical*, sugiere enunciados que los utilizo para explicar cómo constituir un proceso deliberativo en la reforma constitucional a continuación:

La *aplicación comunicativamente mediada* de las normas de acción requiere que los implicados lleguen a definiciones comunes de la situación que comprendan a la vez los aspectos objetivos, los aspectos normativos y los aspectos subjetivos de la situación de acción de que se trate. Son los *propios* participantes en la interacción los que tienen que relacionar las normas dadas con la situación del caso y adaptarlas a las tareas especiales que esa situación plantea.¹⁷⁰

Considero que la ejecución de una reforma constitucional mediante procesos de deliberación pública contribuye a que quienes integran el cuerpo social se hagan cargo

¹⁷⁰ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista* (Madrid: Trotta, 2010), 562.

de la aplicación de las normas mediante una actuación comunicativa, donde los problemas de justificación e implementación de esas normas responden a procesos dialógicos para la formación razonada de consensos y disensos –sin dejar de destacar que hay distinciones entre las teorías de Habermas y Bohman-¹⁷¹. Lo interesante de sugerir la opción de la deliberación pública es que la facultad de decidir las cuestiones controvertibles de la reforma se fundamentan en debates que se abren hacia el pueblo para que los participantes no se reduzcan a los representantes de los poderes constituidos, ni se agoten en las instituciones.

Quisiera rescatar del pensamiento habermasiano su preocupación por la formación de la voluntad democrática, que no solamente está supeditada en un Estado de derecho a un equilibrio regulado de poderes y el disciplinamiento del poder estatal por dispositivos normativos. La formación de esa voluntad popular está íntimamente constituida por el lugar de la soberanía democrática de la sociedad que consiste en su autoorganización política. Para este proceso y su consecuente funcionamiento, este autor enfatiza en las interacciones y los espacios públicos movilizados culturalmente que hallan su sustento en formas asociativas y modos discursivos de socialización para gestar un poder comunicativo. Para explicar la deliberación pública como garantía del principio democrático en la reforma constitucional voy a recurrir a la concepción de política deliberativa de Habermas en los siguientes términos:

[...] la política deliberativa, tanto si se lleva a cabo mediante procedimientos formales de formación institucionalizada de la voluntad y de la opinión como si se efectúa de modo informal en las redes del espacio público político, mas bien guarda una interna conexión con los contextos de un mundo de la vida, deferente con dicho tipo de política, y por su parte también racionalizado.¹⁷²

La Norma Fundamental expresa los vínculos entre democracia y Estado constitucional, y su modificación no puede prescindir de la participación popular porque esta es la fuente de todo poder contenido en aquella. En efecto, su modificación requiere de distintas comunicaciones políticas que puedan filtrar deliberativamente aquellos

¹⁷¹ Al utilizar la explicación de Yebrail Haddad Linero, se infiere que “a diferencia de Habermas, la deliberación para Bohman se vuelve pública a través del diálogo y no del discurso. El diálogo se centra en como la interacción pública produce los efectos prácticos en los participantes que elaboran razones convincentes, en tanto que el discurso, se interesa en los argumentos y en los tipos de justificación que puedan ser públicamente convincentes. En ese sentido, la teoría habermasiana pretende reconstruir los ideales de convergencia, unanimidad e imparcialidad en términos políticos, ideales que para Bohman no constituyen necesariamente los presupuestos de la argumentación pública”; en *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006), 32.

¹⁷² Jurgen Habermas, *La inclusión del otro Estudios de Teoría Política* (Madrid: Paidós, 1999), 246.

contenidos y enunciados que influyen el mundo de la vida del pacto constitucional. Ciertamente que este pacto no puede regenerarse sin el poder comunicativo de la sociedad para juzgar y avalar su destino. La proposición que conduce la construcción conceptual es que todo procedimiento de reforma constitucional debe contemplar procesos de deliberación pública para asegurar la participación popular, directa e indirecta, en la toma de decisiones del producto iusfundamental. Para ello, es oportuno proponer que las reglas del sistema constitucional se deben al pueblo y en todo momento de cambio deben volver a él. En función de esa premisa, es pertinente el siguiente concepto habermasiano: “la opinión pública transformada en poder comunicativo mediante procedimientos democráticos no puede ‘mandar’ ella misma, sino sólo dirigir el uso del poder administrativo hacia determinados canales”.¹⁷³

Toda reforma constitucional representa un cambio que altera el sistema iusfundamental; consiguientemente, la garantía del principio democrático en ese ámbito debe ser preservada por la activación de las estructuras comunicativas del espacio público que, usando la visión de Habermas, “conforman una red ampliamente expandida de sensores que reaccionan ante la presión de los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto y que además estimulan la generación de opiniones de mucha influencia”.¹⁷⁴

Si asumimos que la reforma iusfundamental activa el precompromiso jurídico de las garantías de la Constitución y de los derechos porque en el mantenimiento y cambio de las reglas máximas del ordenamiento normativo entra también en funcionamiento la eficacia de esas garantías, como defensa del Texto Mayor, y la proyección de este como cauce posible de la democracia.

La eventual fisura entre la prescripción de la Ley Fundamental y el accionar del servidor público que opera en el proceso de su reforma está signada por una hipótesis de vulnerabilidad. En este contexto, aparece la noción de constituciones vulnerables y no vulnerables sostenida por Ferreyra. En el caso de las segundas corresponden a:

sociedades cuya organización revela una natural tendencia al cumplimiento de las reglas básicas del juego constitucional preconfiguradas, siendo que éstas encabezan la posibilidad de que cada ciudadano pueda cumplir racionalmente su plan de vida elegido. El problema de la eficacia o ineficacia de las garantías constitucionales es, sustancialmente, si éstas son aptas o no para poner en funcionamiento los mecanismos susceptibles de originar, en caso de

¹⁷³ Ibid., 244.

¹⁷⁴ Ibid., 244.

incumplimiento, que las disposiciones constitucionales sean observadas por las personas a quienes se dirigen.¹⁷⁵

En el caso de las constituciones vulnerables, se imponen los actos y omisiones de quienes detentan el poder que deja de ser constitucional para sobreponerse a las prescripciones del sistema constitucional. Ergo, la ejecución de políticas deliberativas públicas y sus mecanismos para la participación social en el proceso de reforma representan un valor político para garantizar que la Constitución se mantenga como norma suprema del sistema. En otras palabras, tanto en el momento extraordinario de cambio, como en el momento ordinario de interpretación para la reforma, es indispensable que las garantías constitucionales puedan estar acompañadas de procesos de discusión social para la implicancia ciudadana en su realización.

Andrés Gil Domínguez cree que la democracia deliberativa contribuye mejor que otro sistema en la toma de decisiones imparciales porque enfatiza la discusión pública, al punto que si ésta no estaría presente no sería esperable que las decisiones sean imparciales y lo hace por intermedio de los siguientes argumentos: a) la discusión que permite visibilizar y eliminar posibles errores fácticos y lógicos que están en los juicios de las personas; b) la deliberación que promueve el enriquecimiento de las manifestaciones de las personas lo hace al dotar de información con la cual no se contaba antes; c) la discusión ayuda a eliminar prejuicios, malentendidos o errores de interpretación que pueden afectar el sentido y valor de las decisiones; d) la deliberación posibilita la modificación de argumentos, “la escucha del otro”, mejorar los razonamientos y la capacidad para vivir en comunidades heterogéneas.¹⁷⁶

Lo relevante de los aspectos sugeridos por este autor es que la democracia deliberativa favorece a aquellos grupos y sectores débiles para exponer sus posiciones en mayores condiciones de igualdad e intervenir en la discusión de temas de relevancia común para interactuar y modificar las posturas originales de otros actores participantes.

Paola Bergallo y Roberto Gargarella destacan el valor de la deliberación por los siguientes logros: a) la necesidad de buscar consensos más amplios; b) el valor educativo y civilizatorio de la discusión; c) la promoción de prácticas de tolerancia; d) la construcción de mayor legitimidad en las decisiones públicas; e) la toma de mejores decisiones por la discusión entre iguales, desterrando las exclusiones sociales y

¹⁷⁵ Raúl Gustavo Ferreyra, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, 88-9.

¹⁷⁶ Andrés Gil Domínguez, *Derechos, racionalidad y última palabra* (Buenos Aires: Ediar, 2014), 92-3.

condiciones igualitarias en el acceso al foro público para corregir los errores propios y corregir los errores de los demás.¹⁷⁷

En los términos de David Estlund, la democracia deliberativa es un ideal regulativo para ubicar las distorsiones del debate público y las carencias que este tiene por las exclusiones sociales.¹⁷⁸ Carlos Santiago Nino pone un acento determinante en los enfoques dialógicos para analizar las concepciones alternativas de democracia y considera que las cualidades morales del diálogo o de la deliberación justifican otras concepciones de democracia que reconocen la posibilidad de transformación de las preferencias de la gente. En palabras suyas:

A pesar de existir diferentes versiones que corresponden a esta perspectiva general, todas ellas encuentran en el diálogo un medio para contener los intereses egoístas y el poder de las facciones que se basan en ellos. Este límite se logra gracias a la característica del diálogo de excluir aquellas posiciones que no pueden ser definidas desde un punto de vista imparcial.¹⁷⁹

La creación del Derecho constitucional, concebido como el proyecto totalizador para contener al poder y para condicionar todos los poderes estatales a un encuadre normativo, se consagra, precisamente, a partir de cómo los ciudadanos pueden libremente ser parte de su proceso de reforma para intervenir en la juridificación de la democracia. Cualquier innovación de la Ley Fundamental supondría modificar las reglas del sistema constitucional que le exige a ella a garantizarse por sí misma, para lo cual la utilización de procedimientos deliberativos para discutir los sentidos de la reforma y su protección, frente a cualquier intento de quebrantamiento de los límites formales y materiales para su realización, lo que hace es posibilitar la continuidad del ordenamiento jurídico y no la vulneración del ordenamiento preexistente.

La deliberación pública ofrece recursos institucionales y normativos para que los cambios en el sistema constitucional incluyan a aquellos que son parte de la comunidad política para discutir sin exclusiones las probables variaciones del sistema. El debate democrático de la reforma es un propósito significativo para someter a revisión las preferencias y desacuerdos de la nueva actualización iusfundamental mediante procesos

¹⁷⁷ Paola Bergallo y Roberto Gargarella, "Presentación" en David Estlund, *La autoridad democrática*. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011), 14.

¹⁷⁸ David Estlund, *La autoridad democrática*. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas, 129 y ss.

¹⁷⁹ Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 1996), 142.

de discusión entre los afectados o entre quienes son los verdaderos destinatarios de la Constitución: el pueblo.

CAPÍTULO TERCERO

EL CAMBIO IUSFUNDAMENTAL EN ECUADOR Y LAS TENSIONES PARA UNA POLÍTICA CONSTITUCIONAL POPULAR

3.1. Enmienda y reforma de la Ley Mayor

El cambio de la ley mayor es un suceso de posibilidades finitas vinculada a un contexto de doble naturaleza: institucional y participativo. El primero, porque interviene un proceso institucional que da forma y enrumba las posibilidades que mantengan la democracia constitucional. El segundo, porque deviene en evento suscitador de la soberanía popular que justifica el ejercicio del poder para mantener o reorganizar el ordenamiento constitucional.

Empero, esas posibilidades encauzadas pueden tornarse en infinitas cuando el itinerario que predomina excluye uno de los parámetros promotores del contexto. Cuando se descarta el parámetro institucional, se desbordan las regulaciones y se desmonta su orientación condicionada. De igual manera, cuando se exceptúa el factor participativo, la razón soberana como argumento que funda y antecede al Derecho se torna en fuerza no soberana que hace imperar el poder político carente de ciudadanía como argumento que desintegra el Derecho constitucional.

La Constitución es la concreción más relevante del poder constituyente en la organización estatal, y recoge los principios y aspiraciones que rigen su propósito fundacional: la democracia constitucional. La Ley Mayor recoge los mandatos y obligaciones que conducen el comportamiento de los poderes públicos y proclama los postulados que autorizó el poder popular para mantener la vida constitucional.

La proposición capital para la vigencia de una constitución es resguardar su perdurabilidad y estabilidad normativa, sin descuidar que para ello, también, es necesario actualizar sus contenidos y esta labor supone distinguir entre procesos sencillos o profundos de los cambios constitucionales y cuáles son los mecanismos que cuentan para esos fines.

Por tal razón, cualquier modificación al contenido constitucional es de trascendente importancia para su funcionamiento pleno y para responder a los compromisos asumidos frente al poder constituyente. En función de esa perspectiva, puede resultar perjudicial dividir los cambios constitucionales en distintos tipos de

procedimientos porque no todos cuentan con la intervención de la ciudadanía para la aprobación de esos cambios.

Los procedimientos generales de cambio constitucional reconocidos en el ordenamiento ecuatoriano son los siguientes: 1) la enmienda implementada por la Asamblea Nacional¹⁸⁰; 2) la modificación a través de referéndum constitucional directo convocado por el Presidente de la República o la ciudadanía¹⁸¹; 3) la reforma parcial¹⁸²; y, 4) la elaboración de una nueva carta constitucional mediante Asamblea Constituyente.¹⁸³

La legitimación activa de la enmienda constitucional corresponde mediante referéndum solicitado por el Presidente o Presidenta o por la ciudadanía con el respaldo de al menos 8% del Registro Electoral y por iniciativa de la Asamblea Nacional con el apoyo de la tercera parte de sus miembros sin consulta popular. Como se advierte en el Capítulo Segundo, sección 2.4., la naturaleza de los límites materiales de la enmienda constitucional es que tiene la prohibición de cambiar los siguientes elementos: estructura fundamental; carácter y elementos constitutivos del Estado; establecer restricciones a los derechos y garantías; y, modificar el procedimiento de reforma de la Constitución.

La legitimación activa de la reforma constitucional parcial corresponde al Presidente de la República; por solicitud de la ciudadanía con respaldo del 1% del registro electoral; y, por resolución de mayoría de integrantes de la Asamblea. De igual manera, la naturaleza de los límites materiales de la reforma constitucional parcial radica en que no puede alterar los siguientes elementos: restricción en los derechos y garantías y modificación del procedimiento de reforma constitucional.

La competencia en el control constitucional de procedimiento de proyectos sobre enmienda y reforma constitucional corresponde al Presidente antes de emitir el decreto de convocatoria o antes de emitir el decreto remitiendo a la Asamblea; en el caso de la iniciativa ciudadana antes de recoger las firmas; y, para la Asamblea antes de iniciar proceso de aprobación legislativa.¹⁸⁴

La actuación de la CC es de gran relevancia para preservar la rigidez constitucional por cuanto, al ser el ente encargado de determinar el tipo de

¹⁸⁰ Art. 441: 2 CRE.

¹⁸¹ Art. 441: 1 CRE.

¹⁸² Art. 442 CRE.

¹⁸³ Art. 444 CRE.

¹⁸⁴ Art. 100 LOGJCC.

procedimiento y ejercer el control de constitucionalidad, permite que los valores, principios y reglas constitucionales puedan estar protegidos de las modificaciones.

La Constitución define derechos y mecanismos de democracia directa que permitirían impulsar a la ciudadanía los procesos de modificación constitucional. Sin embargo, si no estarían presentes los procesos de revisión a cargo de la CC se podría afectar las decisiones del poder constituyente expresadas en la Carta Máxima, por cuanto mediante el proceso de plebiscito previsto en el art. 104, inciso cuarto CRE, también se podrían proponer cuestiones que ingresen al ámbito de lo que corresponde a un referéndum o a la reforma parcial de la Ley Mayor.

El proceso de enmienda constitucional puede ser discutido desde dos perspectivas. Una primera, podría identificarlo como un proceso agravado¹⁸⁵ y rígido porque contiene límites materiales pétreos que no pueden ser modificables para garantizar así la supremacía constitucional. Una segunda, podría concebirla como un mecanismo que flexibiliza la rigidez constitucional para dar paso a sus cambios normativos y podría enfatizar su naturaleza parcialmente democrática, debido a que cuando lo tramita la Asamblea Nacional no hay opción constitucional de que se pronuncie el soberano en las urnas para aprobar o negar las modificaciones planteadas por el órgano legislativo.

El cambio constitucional mediante enmienda o reforma exterioriza una garantía del poder popular y se manifiesta como una garantía institucional del ordenamiento jurídico. Empero, requiere de la intervención de órganos del poder público para el control constitucional y para su implementación, y, es en los escenarios del andamiaje institucional, donde se presentan las hostilidades con las reclamaciones del constitucionalismo popular. Para este paradigma del análisis jurídico, si se trata de una garantía del poder popular debería contar con instrumentos de fácil acceso y procedimientos con formalidades que afirmen y fomenten la participación social; las decisiones en materia de control deben enmarcarse en la protección de derechos; y los problemas de desarrollo normativo y jurisprudencial deben facilitar la participación social.

¹⁸⁵ Ver., la Corte Constitucional expresó en su Dictamen No. 001-14-DRC-CC, caso 0001-14-RC, Gaceta Constitucional No. 009, publicado en el Registro Oficial No. 009, de 10 de noviembre de 2014, año II, lo siguiente: “En efecto, en nuestro esquema constitucional existe un sistema gradado de procedimiento de rigidez de los mecanismos para reformar el texto constitucional, según la pretensión que se persiga. La gradación inicia desde el procedimiento de modificación del texto constitucional menos riguroso, enmienda constitucional, para pasar a continuación con la reforma parcial de la Constitución, y llegar finalmente al cambio de la Constitución mediante la instalación de una asamblea constituyente”.

Las tensiones surgen cuando el propio movimiento del constitucionalismo popular puede consentir ciertas profusiones en correspondencia con sus enunciados y que los formulo a continuación:

i) ¿Es posible caer en un tipo de populismo constitucional cuando se pretende consultar todos los temas a la ciudadanía sobre la vida estatal?

ii) ¿Es conveniente para la democracia constitucional que todos los mecanismos de reforma constitucional sean sometidos a la aprobación del pueblo y con escasos procedimientos agravados?

iii) ¿Puede caracterizarse a la enmienda constitucional como el procedimiento más agravado por la cantidad de restricciones que exige el ordenamiento positivo para su ejecución o puede convertirse en el dispositivo más utilizado y con más fácil acceso precisamente porque tiene directa dependencia del poder constituido para su uso y ningún mecanismo de revisión por parte del poder constituyente reformador?

iv) ¿Es legítimo para la democracia constitucional que la Asamblea Nacional asuma la proyección de poder constituyente reformador cuando interviene para ejecutar el mecanismo de la enmienda constitucional sin la ratificación popular de sus actuaciones en las urnas?

v) ¿Es oportuno para la profundización de la democracia que cualquier tema pueda ser sometido a consulta popular?

vi) ¿Debe actuar la Corte Constitucional como garante de los derechos de participación y mecanismos de democracia o como garante de la estabilidad y rigidez constitucional en los procesos de reforma?

vii) ¿Deben corresponder las iniciativas de democracia directa a la ciudadanía organizada o no organizada?

viii) ¿Cuál es el momento más democrático en el trámite de un mecanismo de democracia directa para la reforma constitucional donde debe actuar el control de la máxima corte del país?

A continuación, los temas que se problematizan procuran ubicar disímiles aproximaciones para debatir las contestaciones y réplicas que sugerirían los postulados del constitucionalismo popular y la teoría democrática de la Constitución.

3.2. Derechos y democracia en la innovación de la Norma Suprema: la cuadratura del círculo

Todo cambio de la Constitución debe preservar y respetar la superioridad jerárquica de ella dentro del sistema jurídico y, al mismo tiempo, manifestarse como una innovación que mantenga la garantía de la supremacía constitucional, amén de que es el pueblo quien puede asegurar la continuidad democrática de las proposiciones constitucionales durante su modificación. El esfuerzo analítico de esta sección está dirigido a señalar las observaciones que se fundamentan a partir de consideraciones sustentadas en la teoría democrática de la Ley Mayor y el constitucionalismo popular.

Las primeras reflexiones al diseño institucional para el cambio de la Ley Mayor y la figura de la enmienda constitucional se centran en cuestionar su legitimidad democrática y descomponer críticamente el lugar del poder constituyente reformador.

a) Al momento de precisar qué procedimiento se debe emplear para la modificación constitucional, la Ley Mayor obliga a que sea la Corte Constitucional (de aquí en adelante, CC) la que dictamine qué tipo de procedimiento corresponde¹⁸⁶ y, como no es posible predecir lo que el órgano jurisdiccional va a decidir, la política constitucional se convierte, pues, en un dispositivo que centraliza la responsabilidad del cambio en la voluntad y decisión de los jueces constitucionales. A partir de eso, el soberano no puede participar en esa decisión trascendental y puede desconfiar de la decisión última por cuanto la dimensión del cambio y sus alcances se concentran en el pronunciamiento de los miembros de la CC. Para decirlo de otro modo, la naturaleza íntegra de la norma fundamental y sus variantes dependen de un organismo que, careciendo de representación popular, puede resolver por cualquiera de los procedimientos existentes a seguir para la reforma o enmienda sin que medie ningún tipo de control –social ni político- sobre esa decisión última.

La referida observación también contiene un argumento de objeción contramayoritaria a los jueces de la CC. Este enfoque se fundamenta en la idea de “cómo una sociedad democrática puede justificar autorizar a los jueces (que no han sido elegidos popularmente y no están sujetos a la responsabilidad de dar cuenta de sus actos ante el pueblo) para invalidar la elección de ciertos cursos de acción política por parte

¹⁸⁶ Art. 443 CRE.

de legisladores elegidos democráticamente”.¹⁸⁷ Esta dificultad contramayoritaria también puedo explicarla al seguir la tesis de Claudia Storini:

[...] los órganos de justicia constitucional no son órganos democráticamente legitimados, en el sentido de que sus miembros no poseen adecuados canales de conexión con la sociedad civil (de la cual no pueden considerarse representativos, sino a través de una mediación institucional ambigua y, generalmente, no electiva), sus decisiones desprovistas de una base consensuada preventiva, deben traer *aliunde* la capacidad de incidir eficazmente en la sociedad y autoafirmarse en relación con las diferentes determinaciones tomadas por el Parlamento.¹⁸⁸

Si bien la excesiva omnipresencia del guardián institucional de la Constitución, es decir, la Corte Constitucional, en la adjudicación del procedimiento de reforma y su intervención en la delimitación de los contornos de un proyecto de enmienda constitucional, pretende diferenciar su rol de controlador frente a la actuación del controlado que corresponde al Parlamento, no es menos cierto que las exigencias contemporáneas de la doctrina interpelan la necesidad de reconfigurar una superior colaboración entre ellos, cuyo mérito relevante supone la creación de otros cauces constitucionales y legales distintos a los tradicionales y que pueda relegitimarlos, para lo cual el centro de la discusión podría ser el replanteamiento de los límites a la función de la CC y AN mediante la participación social para la aprobación de un cambio constitucional y, es, justamente, este dispositivo de legitimación popular directa que adolece el mecanismo de la enmienda en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

b) El cumplimiento y observancia plena de la Constitución es, también, una reactivación permanente de la soberanía popular por intermedio de los órganos del poder público; no obstante, cuando un órgano de naturaleza jurisdiccional resuelve cambiar el texto mediante el camino de la enmienda, lo que hace es suspender esa reactivación de la soberanía porque cierra los enclaves institucionales para la participación directa de la voluntad popular y delega a la exclusiva intervención del poder constituido.

c) La justificación del procedimiento de enmienda es que lo ejecuta un órgano con representación y legitimidad popular porque está integrado por los legisladores elegidos democráticamente en las urnas. Así, al ser los representantes de la ciudadanía,

¹⁸⁷ Gabriela L. Alonso, “Introducción” en Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal* (Barcelona: Gedisa, 1999), 9.

¹⁸⁸ Claudia Storini, “Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica” *Revista Ius*, Puebla, vol. 10, No. 37 (enero-junio de 2016).

ellos estarían, aparentemente, facultados en nombre del pueblo para procesar, aprobar y decidir el proceso de cambio constitucional. A pesar de ello, la observación central a ese argumento es que los legisladores en funciones no necesariamente serán elegidos con un plan de gobierno o de trabajo legislativo donde formularon un proyecto de enmiendas o reformas constitucionales; es decir, esto será la excepción y no necesariamente la regla.

Eso significaría que los electores de los legisladores votaron por ellos y apoyaron sus candidaturas en función de un plan de trabajo que contemplaba distintos proyectos de ley y procesos de fiscalización; pero, cuando no presenten proyectos de enmiendas constitucionales eso significará que no los eligieron para que tramiten y lleven a cabo un procedimiento de enmiendas porque este tema no constaba como actividad prevista en su plan de trabajo presentado al momento de la inscripción de su candidatura.

En función de ese correlato, el fundamento de la legitimidad popular de los parlamentarios para impulsar una o varias enmiendas constitucionales, como representantes legítimos de la soberanía popular, carecería de sustento normativo y fáctico porque sus votantes no conocían ni fueron informados, al momento de elegirlos, que impulsarían un proceso de cambios constitucionales. Con este antecedente, es pertinente inferir que la institución legislativa recortaría las dimensiones representativas y delegativas del poder público porque asume actividades que no fueron, oportunamente, autorizadas por sus mandantes.

Hay un cuestionamiento democrático a la existencia del procedimiento de enmienda implementado por la Asamblea Nacional en cuanto a la eventual afectación de la soberanía popular: una Constitución que fue aprobada por la voluntad manifiesta de la población ecuatoriana, ¿puede ser cambiada sin acudir a ella para revalidar ese cambio?

Cualquier cambio constitucional debe entenderse como un acto de expresión de la participación popular y de reactivación del poder constituyente; por tal razón, requiere del ejercicio de los siguientes derechos: ser consultado, participar en asuntos de interés público y fiscalizar los asuntos de interés público. En función de esa constatación democrática, el diseño institucional del cambio constitucional en la Ley Mayor de 2008, que diferencia los temas y contenidos para definir si es aplicable el proceso de enmienda o de reforma para modificar el texto normativo, representa una forma de limitación a la soberanía popular y a la democracia en sus distintas dimensiones. Estos aspectos entran en cuestionamiento para custodiar la garantía de la reforma constitucional en los derechos de participación porque no profundizan su ejercicio,

desarrollo y protección.

Si toda Ley Mayor encarna el pacto social construido y acordado por una comunidad política, requiere de controles y mecanismos especiales de protección en caso de su cambio mediante enmienda, por cuanto fue aprobada por una mayoría política de la sociedad y, lo que estaría en riesgo es la vigencia de ese pacto al ser cambiado por una minoría política-institucional: los integrantes de la CC y de la AN.

Esta afirmación pretende debatir, a continuación, sobre los elementos constitucionales y democráticos y sobre su legitimidad para propiciar un cambio constitucional que no recurre a la voluntad popular y la necesidad de justificar por qué la alteración del código político debe retornar a su fuente originaria.

La intervención de dos entidades públicas como la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional expresan la intención de dos minorías políticas –de tipo institucional- que operan para consolidar el procedimiento de enmienda. Utilizo la expresión minoría política con el interés de retomar el concepto de poder constituyente reformador asociado con el de mayoría política de la sociedad. Ese concepto permite “a una minoría dirigente gobernar sin violencia a la mayoría, una idea que convence”.

Por ello, también expreso el vocablo de minoría política para enfatizar una comparación con relación al número de habitantes de la población ecuatoriana que votó y aprobó la Constitución de la República: una mayoría política de tipo social, con relación a quienes intervendrían para su modificación que constituyen una minoría política de tipo institucional por su pertenencia al poder constituido.

La carta constitucional consagra la participación como componente fundamental en la organización del poder y ubica como aspiración primordial al proceso permanente de construcción del poder popular.¹⁸⁹ De igual manera, reclama e insta a la participación del pueblo como mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.¹⁹⁰ El ejercicio de los derechos supone el encuentro entre la política y el Derecho que permiten la fundamentación constitucional del Estado. En otras palabras, los derechos de participación o políticos coadyuvan en fundamentar la regulación de la ordenación estatal y sus autoridades, lo cual conlleva la limitación de su implícito poder. Los vínculos para validar toda la producción jurídica del cambio constitucional por intermedio de la enmienda vía AN encuentran sus límites en la normatividad estatal, ya que contiene la descripción de sus procesos; no obstante, este

¹⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 95.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, Art. 204.

encuentro de la fundamentación en las reglas que emanan de la Constitución es inacabado por cuanto no acogen plenamente los derechos de participación para que actúen como reglas de subordinación del proceso de cambio constitucional a la palabra del pueblo.

El encuentro de las mayorías y minorías políticas –en los distintos tipos expresados- requerirían del ejercicio de los derechos de participación como delimitación para el despliegue de la fuerza estatal en el proceso de enmienda constitucional por intermedio de la AN.

La participación de los ciudadanos en su manifestación de autogobierno para construir un orden estable y plural, por intermedio de la aprobación de una Ley Suprema, condensa la disputa institucional y política entre mayorías y minorías democráticas. Para ejemplificar este razonamiento tomaré el análisis de Ferreyra sobre la intervención de la comunidad argentina en la confección de su Constitución:

La Constitución actual posee unas 12.500 palabras. Un 60% fue producido en el siglo XIX y un 40% durante el siglo XX. Naturalmente, los pocos que participaron en el momento constituyente del siglo XIX están todos muertos. Ahora bien, el otro fragmento normativo, el 40% del contenido, sólo pudo ser sufragado por personas que hoy tengan 40 o más años de edad. Quienes nacieron después del 24 marzo de 1976, por ejemplo, no votaron la enmienda constitucional de 1994. Es decir, si tenemos en cuenta la conformación del padrón actual, menos de un 50% los ciudadanos integrantes votó en 1994, dado que el padrón actual (compuesto por varones y mujeres de 16 a 70 años) está integrado en un más de un 50% por personas que tienen entre 16 y 40 años de edad.¹⁹¹

Trato de evidenciar que la participación de la comunidad política en un momento constituyente puede contener mayores oportunidades de democratización cuando aquella es amplia y diversa; al mismo tiempo que, puede reducir aquellas posibilidades. Es posible, desde luego, que en un proceso constituyente existan generaciones enteras de ciudadanos que no tienen acceso a los medios para elegir y pronunciarse sobre las variaciones en el contenido fundamental del orden jurídico estatal o de participar en la búsqueda de una nueva carta política. Por ello, los ciclos de regeneración constitucional deben adoptar políticas constitucionales que consientan la mayor inclusión de la comunidad política en la definición del cambio iusfundamental.

De modo que, si el diseño institucional ecuatoriano contiene una política constitucional, como el mecanismo de la enmienda, que expresamente disminuye esas

¹⁹¹ Raúl Gustavo Ferreyra, “De aquí a la eternidad” *Viento Sur*, Año 6, Número 12, mayo de 2016, Revista de la Universidad Nacional de Lanus, 20-22.

oportunidades, el resultado es una comunidad política que es marginada de la innovación constitucional. Esta afirmación es posible sustentar a partir de la constatación siguiente, que se deriva del referido análisis, donde se puede identificar que las condiciones de participación excluyen a segmentos de población pese a que los propósitos pueden ser para propiciar la participación activa:

Ergo, un 60% del texto constitucional fue apoyado por personas que ya no están físicamente entre nosotros desde hace mucho tiempo. Alguien que haya participado, por ejemplo, en 1853, hoy tendría unos 200 años. El otro 40% por ciento de los enunciados constitucionales vigentes fue gestado por menos de la mitad de los ciudadanos que están entre nosotros; estrictamente: menos de la mitad de la composición del padrón electoral. Dicho en otras palabras, más del 50% de los ciudadanos argentinos no ha participado jamás en la producción normativa de la más alta estirpe, una Ley Mayor. Y un porcentaje semejante sólo lo hizo sobre un 40% del total normativo, ya sea en 1994 o quizá en 1957.¹⁹²

En consecuencia, el argumento que pondero en este apartado es que, en un proceso de modificación constitucional, deben tener acceso a participar en él todas las generaciones de ciudadanos que autoricen y ejerciten los derechos políticos. Cuando hago referencia a ese tipo de proceso me refiero a aquellos donde se altera el mundo comunitario estatal, ya que aquel también puede ser modificado por interpretación y mutación constitucional, que no es el caso al que interfiere por una activa participación social.

d) La interpretación que pueda formular la CC en el dictamen que avale un cambio vía enmienda ejecutada por la AN lo que haría es comprimir la visión del poder constituyente democratizador que cruza el conjunto de la ley mayor ecuatoriana.¹⁹³ Y lo que hace es desempolvar y recuperar la noción clásica propia del constitucionalismo europeo, es decir, disminuye sus expectativas y alcances para que el pueblo no participe en el proceso de cambio constitucional.

La actuación de la CC cuando recurra al procedimiento de enmienda vía AN es obligarla en su dictamen a dar paso a una reforma de conformidad con los términos precisados en el control de constitucionalidad efectuado, y disponer que deberá informar sobre cualquier acto normativo o administrativo con efectos generales que se adopte durante el cumplimiento del dictamen. En la visión de la teoría democrática de la Ley Mayor, ¿cuáles son las garantías con que cuenta la ciudadanía sobre el control

¹⁹² *Ibíd.*

¹⁹³ Al respecto, revisar el Dictamen No. 001-14-DRC-CC, caso 0001-14-RC, Gaceta Constitucional No. 009, publicado en el Registro Oficial No. 009, de 10 de noviembre de 2014, año II.

expresado por la Corte en su dictamen? ¿Cuáles son las garantías con que cuenta la ciudadanía sobre el control que pueda ejercer la Corte con respecto al texto final de enmiendas que apruebe la Asamblea? En ambos casos formulados a manera de preguntas de discusión, el control de la CC resulta relativo frente a las expectativas de la sociedad.

Esta disyuntiva conduce a un debate mayor: ¿podría la Asamblea Nacional incluir cambios a los términos del dictamen aprobado por la CC cuando concede el aval para iniciar el trámite de una enmienda constitucional? En caso de respuesta negativa, no tendría ningún sentido todas las acciones de socialización o difusión que cumpla el órgano legislativo a lo largo del país, ni tampoco las comisiones generales para recibir planteamientos de actores sociales con respecto a los temas tratados en las enmiendas, porque la versión que consta en el dictamen sería la que resulte determinante y no podría contemplarse adiciones o complementos a los textos del dictamen.

En caso de que la respuesta sea positiva, es menester advertir que cuando la CC se pronuncie sobre el carácter de los textos propicios para la enmienda: lo haría en razón de descartar otras probabilidades que no estarían previstas en el caso que la Asamblea introduzca cambios por cuanto sería un documento de enmiendas distinto al que dispondría la CC. Esta situación podría dar lugar a un vicio formal entendido como falta de sometimiento del ente parlamentario a las reglas procesales fijadas por el ente de control para la aprobación de las enmiendas.

Cabe subrayar un aspecto importante: el trámite de enmienda en la Asamblea no radica en un poder de producción de nuevas normas constitucionales y tampoco radica en asumir la actuación de constituyente reformador. Esta es una de las alarmas que enciende la existencia de un procedimiento de enmienda en el Código Político precisamente porque un conjunto de cambios que son tramitados como enmiendas y, avalados como tal por el órgano jurisdiccional, al momento de introducir mayores cambios pueden superar las uniformidades y regularidades aprobadas para convertirse en cambios que correspondan a cuestiones propias de una reforma constitucional y no de enmienda.

Si asumimos la premisa que no sería procedente un nuevo control de constitucionalidad de la CC sobre un nuevo texto de enmiendas elaborado por la AN, porque aquella ya se pronunció mediante el dictamen sobre los límites y canalización parlamentaria de las enmiendas, lo que sí se configurarían son los hechos necesarios

para una demanda de inconstitucionalidad¹⁹⁴ por la forma y por omisión en la actuación de la AN.

La existencia de dos debates en el trámite de la enmienda es un mandato constitucional;¹⁹⁵ sin embargo, si la Asamblea incorpora cambios no autorizados por el dictamen, es obligación de la CC hacer control de constitucionalidad; pero, no para legitimar el proceso, sino para declarar su inconstitucionalidad porque el accionar del ente parlamentario habría modificado el procedimiento de reforma de la Ley Mayor, lo cual es una causal de distinción entre el trámite de enmienda y reforma previsto en su Art. 441.

¿Con qué criterios la CC podría admitir que la Asamblea realice cambios sobre los términos aprobados en su dictamen? Quizá la adopción de esos criterios es una eventual decisión del ente de control y, la complicación democrática reaparece: en el momento en que la CC infiera esos criterios de aceptación sobre cambios realizados por el parlamento, nuevamente la ciudadanía vería mermadas sus capacidades de incidir en el desenlace último de los nuevos contenidos constitucionales.

Evidentemente existe una imprevisión constitucional en tanto que no existen disposiciones constitucionales, ni legales, que permitan a la CC emitir un segundo dictamen de revisión constitucional con respecto a los textos finales aprobados por el Parlamento; tampoco existe la facultad de revisión para que la CC lo efectúe antes de la votación de la AN o previo a su promulgación en el R.O.

El cambio constitucional debe ser un proceso que resguarda la conformidad y correspondencia de los procedimientos emanados del propio texto fundamental, lo cual implica respetar la forma y los contenidos autorizados, ir más allá de esto sería abrir las puertas de su inconstitucionalidad. Ferreyra lo refiere así:

¹⁹⁴ Los conflictos para los enunciados del constitucionalismo popular y su teoría democrática pueden presentarse cuando el órgano parlamentario se aparta de las reglas de procedimiento establecidas por la CC y, en tal caso, se dispondría a no encauzar su actividad a través de aquéllas; en consecuencia, podría actuar como constituyente reformador y vulnerar, así, la rigidez y supremacía constitucional. Estos aspectos pueden fundamentar los declives de constitucionalidad por el trámite de enmienda. Sobre ello, sería oportuno tener presente lo expuesto por Bazán: “En síntesis, para declarar la inconstitucionalidad omisiva, el juez deberá revisar el siguiente *standard* situacional: a) que exista un mandato normativo expreso (de la Constitución, de un tratado internacional o de una ley) que, luego de declarar la norma “programática”, requiera de complementación “operativa”; b) que se configure la omisión del cumplimiento de tal obligación, por parte del legislador o funcionario competente de cualquiera de los órganos públicos; y c) que la omisión produzca la vulneración de un derecho o garantía”; ver Víctor Bazán, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en Víctor Bazán, (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, (Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1996), 221.

¹⁹⁵ Constitución de la República del Ecuador, Art. 441, numeral 2.

La validez de una reforma constitucional es la relación de conformidad entre las disposiciones creadas y las disposiciones que regulan su producción. Por lo tanto, validez de una reforma constitucional es un concepto relacional que designa, fundamentalmente, la relación de pertenencia de una nueva disposición con la Constitución, siempre que se hayan observado todas las etapas que regulan y disciplinan su creación normativa. La inconstitucionalidad de una reforma constitucional consistirá, pues, en la no conformidad de la disposición creada con la Constitución.¹⁹⁶

Otra interrogante abierta se suscita: ¿cuál es el procedimiento para gestionar una enmienda constitucional? Debido a que la Ley Orgánica de la Función Legislativa no prevé el trámite y únicamente suscribe que “se sujetará a los requisitos y trámite determinados en la Constitución de la República”;¹⁹⁷ y tampoco la norma fundamental señala que se aplicará el trámite correspondiente a las leyes. En consecuencia, la AN cuenta con vacíos de procedimiento para gestionar una enmienda y no podría inventar o generarlos por iniciativa propia para su utilización; además, su ley orgánica tampoco dispone de aplicar analogías para recurrir a distintos procedimientos en caso de no existir una determinación legal preexistente.

A la AN le correspondería ceñirse por lo preceptuado en el Art. 441, inciso segundo CRE, pero estas disposiciones son exiguas para dar forma a los actos normativos que contengan textos de enmiendas constitucionales; por lo que, sí estaría claro la incapacidad constitucional del ente parlamentario para tratar textos con modificaciones o complementos a los aprobados en el citado dictamen de la CC.

El Art. 441, inciso 2, no prevé que la AN pueda votar textos nuevos con respecto al dictamen aprobatorio de la CC. Si bien reconoce la existencia de dos debates para la aprobación, no permite la producción de textos diferentes con respecto a los sometidos para revisión del ente de control constitucional; por lo que, en caso de que la AN incurra en esta prohibición, se configuraría otro elemento que obstaculiza el elemento de la enmienda, toda vez que incluir textos añadidos o ampliados desconocería los límites que pueda fijar la CC en cuanto a la naturaleza del trámite de una enmienda para circunscribirse al Art. 441, numeral 2 de la CRE; además que, pondría en cuestionamiento lo previsto en el Art. 442 del mismo cuerpo legal porque problematiza los límites y roles entre el ente controlador¹⁹⁸ y el ente controlado.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Raúl Gustavo Ferreyra, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, (Buenos Aires: Ediar, 2014), 489.

¹⁹⁷ Ley Orgánica de la Función Legislativa, Art. 73, inciso primero.

¹⁹⁸ Es oportuno considerar este aporte sobre lo que implicaría la inconstitucionalidad de una reforma como la expresión más grave de una patología de la Constitución: “El significado de la inconstitucionalidad incluye, en el análisis, la idea de disconformidad, de no conforme. La

e) Para que la CC se exprese sobre la constitucionalidad del trámite de una enmienda, deber ser a petición de parte y después que aquélla entre en vigencia; por lo que, este organismo no podría observar o examinar la constitucionalidad del proceso durante su ejecución, siendo la AN la encargada de cumplir con todas las obligaciones señaladas en el pronunciamiento de control que expida el órgano jurisdiccional en cuanto a los actos normativos que contemplen cambios realizados a una enmienda. Siendo así, este elemento puede ser otra imprevisión del diseño constitucional que no permite un control concurrente de la CC y confiere al órgano parlamentario un momento de poder constituyente reformador que apenas recobra los controles cuando se ha concluido el proceso.

f) Un aspecto controversial constituyen los criterios volubles que puede asumir el órgano de control constitucional a propósito de pedidos ciudadanos de consulta popular para la reforma iusfundamental. La capacidad de los electores para acudir a las urnas en la perspectiva de cambiar la Constitución depende de la Corte Constitucional. Este organismo puede aprobar, pero, igualmente, subestimar y desconocer los preceptos constitucionales para la participación ciudadana con el objetivo de decidir sobre diversos temas trascendentales que alterarían el ordenamiento constitucional porque refieren contenidos que debieron ser tratados como reforma constitucional por su naturaleza y para permitir la expresión de la voluntad soberana de la sociedad ecuatoriana. Ergo, la CC tiene atribuciones tan amplias de control que podría lesionar el poder constituyente e imponer la supremacía del poder constituido cuando descarte la posibilidad de que la ciudadanía se pronuncie en las urnas sobre los cambios que

inconstitucionalidad es un vicio o defecto que –si bien se circunscribe habitualmente al enfrentamiento entre disposiciones infraconstitucionales con la Ley Mayor- puede producirse a nivel de la Constitución misma, cuando por medio de una reforma se violenta el principio de unidad del sistema, configurado principalmente por los lindes prefijados para el desarrollo de una enmienda constitucional”; ver en Raúl Gustavo Ferreyra, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, 488-9.

¹⁹⁹ Uno de los aspectos que llama la atención del dictamen de la CC sobre la última enmienda realizada a la Constitución en Ecuador consiste en su indicación obligatoria para la AN de “informar sobre cualquier acto normativo o administrativo con efectos generales adoptados en el marco del cumplimiento de este dictamen”. Ver Dictamen No. 001-14-DCR-CC, de 31 de octubre de 2014, dentro del caso No. 0001-14-RC, publicado en el R. O. No. 371 (3S) de 10-11-2014, p. 25. Este deber para el ente legislativo no encuentra ningún sustento constitucional ni legal, sin embargo, fue un pronunciamiento vinculante para su cumplimiento, por lo que, en caso de inobservarlo, podía ser un elemento que merecería un mayor análisis a propósito de la inconstitucionalidad por la forma y omisión de las enmiendas.

impulse la Asamblea Nacional²⁰⁰ a la Constitución de la República que fue aprobada por el pueblo ecuatoriano.²⁰¹

g) La complejidad del cambio de la norma suprema se origina a partir de la posición institucional y, al mismo tiempo, constitucional que se adopte sobre la participación del poder popular en el andamiaje estatal.

El mecanismo de la enmienda constitucional en el Parlamento²⁰² opera precisamente para reducir las potencialidades del constitucionalismo popular y pone límites a este, lo cual puede ser aprovechado por el poder constituido para hacer una reforma parcial a la Constitución con la fachada de una enmienda, cuando para cumplir ese fin debería recurrir a otro procedimiento.²⁰³

La objeción que quisiera resaltar está enmarcada en una tesis del constitucionalismo popular y cuestionar ¿quién debería tomar las decisiones en materia de cambios constitucionales: el pueblo o la Corte? ¿Por qué debemos ser nosotros quienes decidimos? Larry Kramer hace una orientación que me parece oportuna:

La cuestión finalmente es la siguiente: para controlar a la Corte Suprema, necesitamos primero reclamar la Constitución para nosotros mismos. Eso significa repudiar públicamente a los jueces de la Corte que dicen que ellos, y no nosotros, poseen la máxima autoridad para decir lo que significa la Constitución. [...] Implica rechazar que se nos aparte mediante argumentos según los cuales el derecho constitucional es demasiado complejo o difícil para los ciudadanos comunes. El derecho constitucional es de hecho complejo, porque la legitimación de la autoridad judicial ha ofrecido una excusa para resaltar los requerimientos técnicos del precedente y la argumentación jurídica que necesariamente han complicado la cuestión. Pero esta complejidad fue creada por la Corte y para la Corte y es en sí misma un producto de la judicialización del derecho constitucional.²⁰⁴

La figura de la enmienda recoge la postura ortodoxa sobre soberanía en el orden constitucional, que puede ser considerada como de otorgar a la AN una facultad constituyente derivada, pero, cuando en la Ley Mayor se trazan los contenidos

²⁰⁰ Una experiencia a considerar es que La Corte Constitucional (CC) aprobó el Dictamen No. 001-14-DCR-CC, de 31 de octubre de 2014, dentro del caso No. 0001-14-RC, publicada en el R. O. No. 371 (3S) de 10-11-2014, para disponer a la Asamblea Nacional (AN) la ejecución del trámite de enmiendas constitucionales para reformar la norma suprema. Ver Dictamen No. 001-14-DCR-CC, de 31 de octubre de 2014, dentro del caso No. 0001-14-RC, publicado en el R. O. No. 371 (3S) de 10-11-2014, 28.

²⁰⁰ *Ibíd.*, 139.

²⁰¹ También calificó el procedimiento precisando que la iniciativa presentada por la AN no altera los elementos constitutivos del Estado, no establecen restricciones a los derechos y garantías ni modifican el procedimiento de reforma de la Constitución; *ibíd.*, 139.

²⁰² Constitución de la República del Ecuador, Art. 441, numeral 2.

²⁰³ *Ibíd.*, Art. 442.

²⁰⁴ Larry D. Kramer, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, 302.

materiales sobre los términos de los cambios y las coordenadas de procedimiento, estamos ante una figura de cambio constitucional que afecta negativamente la vigencia de la soberanía popular porque la deja al margen de debatir, incidir y participar en el proceso de cambio.

La enmienda por intermedio del ente legislativo es un camino que despolitiza al Estado y a la sociedad, porque despoja a la vida social de su carácter político para ser parte del sistema constitucional y su cambio; es una vía que asfixia la democracia constitucional porque secuestra lo político y se apodera de la politicidad construida desde lo social. En pocas palabras, el Estado se asume y reemplaza a la sociedad para tomar su rol en la generación de lo político, dejando en manos de la AN la definición del cambio constitucional.

La relación existente entre política y Derecho en el proceso de enmienda subyace en la intervención excluyente de las élites institucionales que menoscaban el principal derecho político: todo ciudadano tiene derecho al autogobierno. Por ello, los planteamientos del constitucionalismo popular tienen vigencia al momento de reclamar mayores contenidos democráticos e incluyentes para los ámbitos jurídicos, como lo apunta Erwin Chemerinsky:

La reorientación del derecho, ante todo, debería estimular el desarrollo de novedosas reivindicaciones constitucionales, algunas de las cuales ya se han presentado, pero no han florecido hasta ahora. Más significativa podría ser incluso la oposición frontal a los procesos de ‘actuación privilegiada en el sistema político’ –petición de financiación, cabildeo de abogados, favores a los intereses poderosos, negociaciones y tratos secretos– que alienan a la gente ordinaria del gobierno. Por consiguiente, se podría decir, en general, que el respeto a cualquier decisión del gobierno se podría hacer depender de un debate sobre si el proceso que da lugar a esa actuación concreta merece ese respeto o no en la práctica. A su vez, eso también podría depender de si los funcionarios saben lo que están decidiendo, de si en el proceso está adecuadamente abierto a los ciudadanos y responde a sus necesidades, y no solo a las expresadas por ‘portavoces’ profesionales y ‘testigos’ seleccionados a propósito.²⁰⁵

La enmienda niega lo político y cree que el aparato institucional del Estado es la encarnación de la vida societal, capaz de decidir y rehacer los fundamentos constitucionales en su nombre. Es un instrumento que utiliza la legalidad constitucional para incluso crear escenarios riesgosos que estriban y rebasan el marco de una reforma, esto es, ir más allá de una enmienda. Siendo así, la soberanía popular está arrinconada por la maquinaria estatal porque está fuera del juego democrático. La enmienda, como

²⁰⁵ Erwin Chemerinsky, “En defensa del control de constitucionalidad: los peligros del constitucionalismo populista”, 174-5.

mecanismo implementado por el parlamento, únicamente cree en la tesis clásica de soberanía en el orden constitucional.

El punto central de esta visión impregnada en el mecanismo de enmienda es que el soberano no está dentro ni fuera de la norma suprema, lo cual contradice con los contenidos normativos que consienten múltiples dispositivos participativos en el texto constitucional que también se verían afectados porque la participación popular es uno de los principales sustentos constitucionales del poder popular y, la enmienda que ejecuta la AN, como proceso, la descarta.

Para concluir esta sección, considero que el gran cuestionamiento al procedimiento de enmienda constitucional implementado mediante la AN es cuestionar por qué el poder constituyente, expresado en el pueblo, no puede participar en todos los procesos de cambio de la Constitución, sean estos formales o sustanciales. En el momento en que se establecen procedimientos diferenciados para modificar la Constitución y se delega a uno o algunos órganos del poder constituido para que realice esa variación normativa, por más mínima que esta sea aparentemente, no está garantizado que ni el control ni la alteración que se produzca implicará los contenidos y resultados más democráticos.

En el caso del procedimiento de enmienda, previsto en el texto de Montecristi, puede suscitar la modificación de aspectos que pueden ser materiales o cuyos temas no sean motivo de enmienda sino de reforma constitucional y, en esa circunstancia, como no es consultado el poder constituyente en las urnas corre el riesgo de quedar marginado de una transformación constitucional que debe volver a su origen democrático para que exista su consentimiento o desaprobación, en cuyo defecto es una caída al vacío que deja en manos del poder constituido la vigencia del pacto construido e impulsado por el poder constituyente.

Es un enfoque reduccionista y agotador de la democracia participativa la existencia del procedimiento de enmienda constitucional. Pensar que en la norma fundamental existen disposiciones relevantes que pertenecen a un grupo esencial – carácter del Estado, derechos y garantías, estructura institucional-, mientras que existen otras disposiciones que son menos trascendentes con respecto a ese grupo y que podrían ser canalizadas mediante enmienda ejecutada por la AN, es desconocer la decisión gravitante del poder constituyente que resolvió aprobar el conjunto del programa político-ideológico previsto en la norma de normas; y, al mismo tiempo, menoscabar su

voluntad participativa para incidir sobre las variantes que adoptará la comunidad política.

Es también reducir el valor normativo de la Constitución y desconstitucionalizar el efecto de irradiación de sus valores y principios supremos porque en el interior del texto normativo no existen componentes más importantes que otros. La norma fundamental representa el conjunto de aspiraciones comunes de una sociedad en la parte dogmática y los caminos institucionales a seguir para alcanzarlos en la parte orgánica. Cuando hacemos la diferenciación entre elementos que se pueden enmendar y otros que no se pueden someter a este proceso, lo que hacemos es descomponer la visión sistemática e integral del texto: porque hasta una palabra o el sentido de una redacción pueden influir en el núcleo de la Constitución o en las formas en que se pueden proteger y desarrollar un derecho.

3.3. El derecho a la última palabra: el pueblo como guardián democrático del cambio en la Ley Fundamental

Las notas relevantes de la tensión entre la democracia y el constitucionalismo, y entre este y quién debe tener la última palabra sobre la protección constitucional, constituyen también los problemas de la presente investigación. Fijar la dimensión de las disputas en cuestión supone que se trata de una situación que no tiene un único significado o que incluye, de cualquier manera, opciones de variada especie porque la naturaleza de indeterminación objetiva es lo que subyace en esas disputas.

Siguiendo a Bruce Ackerman, para analizar los temas reseñados en el párrafo precedente tomaré su teoría democrática dualista, integrada por la política normal o los actos de legislación ordinaria y la política constitucional que corresponde a los actos superiores de transformación constitucional. Para este autor, en la definición de la política constitucional es necesario como primera condición lo siguiente:

Quienes aspiran a reformar la Constitución por la vía extratextual o informal deben alertar a una parte importante de la ciudadanía de que la República está viviendo un episodio de ruptura institucional, un tránsito de la política ordinaria a la extraordinaria, ganándose el derecho de presentar su agenda ante el público comunicando sus intenciones y logrando un nivel suficientemente elevado de apoyo como indicador de que su agenda se está tomando en serio. En segundo término, los reformistas deben redefinir su programa de modo de articular una ‘propuesta coherente’ para el cambio constitucional, la cual debe ser una iniciativa lo suficientemente precisa como para concentrar el subsiguiente debate público. En tercer lugar, durante un prolongado período de ‘deliberación popular movilizadora’, los reformistas deben participar de un

debate serio con sus conciudadanos para ganarse con méritos el apoyo público ‘profundo’, reflejado en un consentimiento supermayoritario.²⁰⁶

El pensamiento de Ackerman es partidario de seguir las premisas del dualismo democrático, según el cual es condición necesaria para la ejecución de un episodio constitucional superior que el cambio no suceda a menos que sea dictado por la voluntad popular, porque cualquier transformación que se base en algo menos que eso constituye una usurpación gubernamental del derecho exclusivo del pueblo de decidir el tránsito al “carril” legislativo superior.²⁰⁷

Mis intenciones giran alrededor de lo que sería la teoría democrática de la constitución, el constitucionalismo popular y la democracia participativa. Por ello, quisiera ensayar algunas proposiciones que sustentarán mi afirmación de que el pueblo debe crear el Derecho constitucional que da forma y permite que ocurra el Estado democrático. De ahí que para suscitar esos propósitos, el pueblo debe ser el principal vigilante de la Constitución y no solamente en ámbitos de cambio constitucional.

La participación social en la vida constitucional supone el desarrollo de iniciativas e incidencias democráticas de las sociedades y de los pueblos porque la evolución de los derechos no han sido una dación o una concesión de los Estados, ni un reconocimiento de los gobiernos de turno, ha sido una conquista histórica suscitada a través de las intervenciones sociales. Bajo esa premisa central, intentaré plantear las caracterizaciones de la participación ciudadana para custodiar la Ley Fundamental y sus radios de acción.

La participación social en la política constitucional perfila el diálogo socio-estatal para crear nuevos tiempos y espacios que permitan re-definir a la política. Sus elementos proyectan a pensar la política, no tanto desde las lógicas del Estado, sino desde las de los actores sociales –ciudadanía organizada y no organizada-. Justamente porque el rumbo del quehacer estatal –histórico y estructural- ha sido la construcción de un orden jurídico e institucional del despojo de los derechos; frente a aquello, el aporte de los colectivos ha sido pregonar el libre desarrollo de los derechos sociales y sus reconocimientos.

La acción ciudadana, la contestación social, la organización popular es indispensable para la vigencia iusfundamental porque el poder para participar es lo que

²⁰⁶ Gabriela L. Alonso, “Introducción” en Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal* (Barcelona: Gedisa, 1999), 13-4.

²⁰⁷ *Ibíd.*, 14.

modifica las relaciones simbólicas y culturales de poder. Ciertamente, la interpretación de la Ley Mayor no puede agotarse en la esfera política-institucional dominada por las élites e implementada por las autoridades estatales desde la representación partidista-electoral, ignorando los acumulados amplios de dinámicas y procesos participativos.

Esa forma de concebir la interpretación y vigencia constitucional fue una de las causas para ir reduciendo y vaciando los contenidos de la democracia. Entonces, los imaginarios ciudadanos fueron asumiendo –y acostumbrándose- que hablar de derechos políticos era reducir la democracia a las elecciones, a las entidades del Gobierno, del Congreso, los partidos políticos y, de esa forma, se fue limitando los momentos integradores y transformadores de la democracia, al entenderla como un sistema meramente electoral y que pertenecía únicamente a “los políticos”, o donde las cuestiones de la Ley Mayor correspondía solamente a los operadores judiciales.

La participación popular en las cuestiones constitucionales puede generar otras sinergias e interpretaciones para re-conceptualizar la democracia constitucional. La conversión sugerida puede vigorizar su concepto y catapultarlo en la búsqueda de un paradigma político-constitucional que amplíe la concepción de la democracia, no solamente al ejercicio del sufragio cada cierto tiempo, sino directamente a las diversas modalidades de participación y hacia otras formas de democracia: participativa, comunitaria, directa; y, que no se agote solamente en las instituciones tradicionales de la democracia representativa; así como a incluir los actores –y sus discursos- que antes fueron excluidos.

Las políticas constitucionales populares para los pluralismos y diversidades que propongo deben ser vistas como un atributo societal, más no estatal, lo cual sí influye en su ejercicio. Acercar la ciudadanía y las voces de los comunes a los procesos de interpretación, control y argumentación constitucional supone el despliegue de condiciones para generar poder popular con el fin de impulsar y proteger derechos, sin restricciones que los friccionen. Estos postulados que sostengo tienen concordancia con lo propuesto por Ackerman:

Pero los jueces del mundo real no deberían aspirar a presentar la Constitución en su ‘mejor aspecto posible’, un aspecto inevitablemente provisto por sus propias convicciones filosóficas. Ellos deberían aspirar a interpretar el texto constitucional en su aspecto más revelador: aquel aspecto que exhiba tanto los puntos fuertes como los débiles del logro histórico del pueblo estadounidense. La Constitución moderna no expresa una filosofía del derecho atemporal puesta de manifiesto en la Declaración de Independencia o en cierta labor hercúlea de reflexión filosófica. Es el producto de una

progresiva lucha política: generación tras generación se han movilizado para criticar y reconstruir vastas porciones de la interpretación constitucional recibida.²⁰⁸

Aquellas políticas deben ser construcciones sociales, es decir, son determinaciones que hacen los pueblos y las sociedades, que no las hacen el Estado por sí mismo y para sí, ni tampoco los jueces, legisladores o autoridades estatales, sino que son políticas confeccionadas para responder a los problemas de los derechos y la democracia constitucional. Por supuesto, que deben someterse a las disposiciones constitucionales y legales que rigen, pero se debe tener en cuenta que el tipo de sociedad y sus antecedentes históricos sí influye para deconstruir las metodologías y condiciones en que los diseños institucionales y sus políticas constitucionales pueden ser -más o menos- participativas.

La voluntad popular y sus derechos permiten incidir y decidir en la vida constitucional y coadyuvan al desarrollo de una democracia integral que se alimente de las formas representativas, participativas, directas y comunitarias para el ejercicio de la soberanía popular. Siendo así, los instrumentos, las herramientas y los procedimientos deben reformularse a partir de que realmente la gente cuente con condiciones para la promoción, cumplimiento y exigibilidad de los derechos iusfundamentales.

La consulta popular, reconocida y garantizada por el artículo 103 de la Constitución, es uno de los instrumentos a través del cual la sociedad civil puede pronunciarse sobre temas de trascendental importancia. Este mecanismo de democracia directa consiente que la ciudadanía también se pronuncie sobre temas de índole jurídica que puede trastornar el sistema constitucional. Considero que el aporte de la consulta popular para la política constitucional es que le permite crear un sistema institucional comprometido con el debate público, inclusivo y horizontal. La democracia representativa, como los otros tipos, adolece de suficientes mecanismos de conexión con la participación popular, exceptuando los procesos electorales.

Cuando el constitucionalismo popular interpela quién toma las decisiones sobre la política constitucional e impugna las relaciones de poder que giran en torno a ellas, los mecanismos de la democracia directa, como la consulta popular, son una recuperación de la presencia del pueblo en las cuestiones constitucionales y su discusión pública porque le asiste a la política constitucional de mayores términos democráticos.

²⁰⁸ Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal*, 78.

Aunque puede resultar contradictoria la siguiente pregunta y su respuesta por las múltiples baterías y aparatos participativos que admite el ordenamiento constitucional ecuatoriano para la resolución de los asuntos públicos, vale la pena tenerla presente: ¿Existen mecanismos de reforma a la Constitución exentos de un referéndum aprobatorio? Sí y es precisamente el dispositivo de la enmienda constitucional que, además de concentrar el poder de decisión final, excluye de ella a la participación popular.

La presencia del referéndum y plebiscito, como módulos de consulta popular, en la ordenación constitucional ecuatoriana cumplen un rol central: reconfigurar las relaciones de los poderes públicos para precisar que todo el poder emana del pueblo. Aquellos operan como conectores de la voluntad del soberano con los asuntos de interés común y son plataformas legítimas para ejercitar derechos constitucionales, y no solamente los relacionados con participación. Siendo así, cualquier persona o colectivo tiene derecho a impulsarlos y, más todavía, cuando se trata de consultar sobre temas jurídicos o constitucionales. En otras palabras, es también una garantía constitucional.²⁰⁹

En consecuencia, el referéndum es un derecho y garantía constitucional para la participación social en aquellos ámbitos donde la democracia representativa no puede asegurar una directa incidencia del pueblo en los asuntos que le conciernen y los cambios en la regla suprema son, precisamente, aquellos que reorganizan las relaciones en una comunidad jurídica.

Por ello, creo que la política constitucional debe, además de reconocer sus alcances y efectos, facilitar las condiciones para su implementación sin imponer requisitos que coartan el ejercicio pleno del derecho de participación en una consulta sobre cambios constitucionales y, pese a los beneficios para la democracia material y esa política del asunto de marras, la enmienda constitucional no reconoce la posibilidad de que las modificaciones que gestione la AN y la CC no sean sujetas a aprobación popular. Por lo antes señalado, se debe propender a que la política constitucional ecuatoriana y su diseño planteen suficientes incentivos que reduzcan las complejidades para la aprobación de un referéndum aprobatorio sobre modificaciones a la regla suprema.

²⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador [2008], Título IV, Participación y Organización del Poder, capítulo primero, “Participación y Democracia”, art. 103 y 104, ([Quito]: Asamblea Nacional, Registro Oficial Nro. 449).

En una democracia constitucional todas las modificaciones a la Norma Suprema deberían ser adoptadas recurriendo a la soberanía popular en consulta, porque de esa manera se respetaría su decisión cuando aprobó el pacto nacional de convivencia expresado en la carta fundamental.

El nudo problemático ha sido advertido en una pieza anterior de esta investigación cuando la calificación del procedimiento a implementarse es definida por la Corte Constitucional y podría suscitarse el caso que, al adoptar un cambio mediante enmienda ejecutada por la Asamblea, se canalicen cambios que deban ser procesados mediante reforma parcial al texto constitucional y no de enmienda vía Asamblea Nacional, la cual podría, posteriormente, aprobar modificaciones que constituyan reformas profundas a la Ley Mayor sin necesidad de recurrir a una consulta popular para aprobar o desautorizar las innovaciones que estarían marginadas del pronunciamiento soberano.

Esta imprevisión del texto constitucional y de las dinámicas institucionales ocasionadas por el poder constituido podría generar reformas sustanciales a la Constitución, privándole al soberano de su decisión para aprobarlas, utilizando un procedimiento de alteraciones normativas por intermedio del órgano parlamentario nacional.

Reivindicar el derecho del pueblo a constituirse en el guardián de la regla suprema es demandar que, cuando un texto constitucional fue aprobado con el consentimiento y la decisión del soberano en las urnas, es un problema de afectación para la democracia constitucional y la voluntad popular que se puedan realizar modificaciones a su cuerpo normativo sin recurrir a consultar a la ciudadanía para refrendarlas u objetarlas.

La Constitución de 2008 presentó varias innovaciones que expresan un desarrollo de los distintos paradigmas democráticos: participativo, directo, deliberativo y comunitario que impulsan al poder popular como la razón política del Estado constitucional de derechos y justicia. Pero, al mismo tiempo, contiene una estructura orgánica con algunos procedimientos y mecanismos institucionales que pueden debilitar los dispositivos democráticos que la contienen.

Entre aquellos merece especial atención el que se emplea para modificar la Constitución y prescinde de la participación social como el mecanismo de la enmienda constitucional ante la Asamblea Nacional, por los peligros que puede suscitar para la vigencia de la democracia constitucional. Este procedimiento puede implementar

cambios más profundos que corresponderían a una reforma parcial y no a una enmienda. No obstante, se puede presentar formalmente como esta para no recurrir a la legitimación popular en consulta, en cuyo caso únicamente necesita la intervención de la Corte Constitucional y la Asamblea Nacional, menoscabando la presencia del soberano en la alteración de la Carta Política.

El derecho a la última palabra sobre los cambios constitucionales no puede agotarse en los poderes constituidos porque ello supone convenir que el guardián definitivo de la regla suprema no es el pueblo. Ciertamente, las decisiones superiores de la Ley Mayor no pueden guardar imaginarios elitistas para su resolución. Como sugiere Bruce Ackerman: “es una ilusión elitista suponer que una transformación tan fundamental en la filosofía pública norteamericana podría o bien debería ser decidida a través de la máscara de la interpretación judicial, en lugar de un renovado esfuerzo popular a nivel de la legislación superior”.²¹⁰

La discusión que propongo no consiste en cuestionar la naturaleza e importancia del control constitucional previo respecto a los pedidos de referéndum y reforma a la Constitución y el papel de la Corte Constitucional en el aseguramiento de la rigidez y supremacía constitucional, sino en señalar que la política constitucional prevista en la regla suprema ecuatoriana contiene artificios como la enmienda que expresan una hostilidad institucional a los preceptos del constitucionalismo popular.

Las iniciativas de consulta popular para solicitar el respaldo ciudadano en relación a decisiones políticas que puedan violentar derechos fundamentales merecen respuestas normativas y jurisprudenciales que contribuyan a democratizar el ordenamiento jurídico. No obstante, la facultad de hacer posible esa democracia directa puede verse considerablemente restringida a partir de la expedición de reglas jurisprudenciales de aplicación obligatoria (con efecto *erga omnes*) por interpretaciones constitucionales²¹¹ que puedan desnaturalizar los preceptos democráticos de las iniciativas ciudadanas.

²¹⁰ Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal*, 86.

²¹¹ La Corte es competente para emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de las convocatorias a consulta popular de carácter nacional, conforme el Art. 438, numeral 2 CRE, donde establece que “La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados”. El último inciso del artículo 104 de la CRE prescribe que “En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas”. El artículo 127 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, dispone que la Corte Constitucional realizará un control automático de constitucionalidad de todas las convocatorias a consulta popular. El artículo 74 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional

Postular la premisa del pueblo como guardián de la Constitución no es desconocer que el máximo órgano de administración de justicia constitucional pueda actuar como un órgano contramayoritario en el sentido de garantizar el respeto de los derechos más allá del poder de las mayorías sino que, reconociendo los controles de constitucionalidad, la adopción de la decisión final sobre los cambios constitucionales recaiga en la expresión popular.

De modo que los dispositivos institucionales y normativos orientados a que el pueblo ejercite su derecho a la última palabra para cuidar la Ley Mayor del sistema jurídico merecen respuestas jurisprudenciales que acojan la intervención social para legitimar la continuidad del sistema constitucional y sus ineludibles modificaciones. Así, también los controles previos y vinculantes de constitucionalidad pueden desarrollar argumentaciones interpretativas que reconozcan un diálogo democrático indispensable entre la sociedad y los poderes del Estado para materializar respuestas de cooperación deliberativa e inclusiva. El desafío urgente es ponderar sobre el carácter de la regla suprema con el fin de proyectarlo hacia los demás componentes constitucionales. Siendo así, es relevante en ese sentido la siguiente propuesta de Ackerman:

Mi interpretación de la Constitución no comienza con los derechos inalienables; comienza con el esfuerzo del pueblo norteamericano por gobernarse a sí mismo. Los derechos fundamentales tienen jerarquía constitucional sólo si su fuente es una afirmación deliberada y movilizadora de principios por el pueblo estadounidense. Nuestra constitución es democrática en primer término, respetuosa de los derechos en segundo lugar.²¹²

La institucionalidad debe establecer reglas infraconstitucionales que, reconociendo los principios y valores iusfundamentales que otorgan protagonismo al pueblo, confieran estímulos participativos y políticas públicas que incentiven el ejercicio de derechos de democracia directa mediante la fijación de exigencias que faciliten su activación.

Dado que considero muy relevante enunciar que los estímulos participativos a los que hago referencia requieren de políticas institucionales de diálogos amplios entre las instituciones y entre estas y la ciudadanía, quiero advertir que estas políticas son cruciales si se considera que muchas de las decisiones del máximo órgano de control

establece que la Corte Constitucional efectuará el control automático de constitucionalidad de las convocatorias a consulta popular.

²¹² Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal*, 75.

son definitivas y no se admiten otras acciones legales. De modo que la incorporación de políticas deliberativas y dialógicas promovería mayores esfuerzos interpretativos y diálogos racionales en el sistema constitucional. Esta pretensión la fundamento en posiciones como la de Roberto Gargarella cuando afirma que:

[...] concurren varias otras razones en defensa de un procedimiento dialógico. Por una parte, dicho procedimiento nos ayuda a conocer alternativas que de otro modo podríamos tener dificultades en conocer, nos ayuda, así, a corregir nuestras propias posturas; nos permite entender por qué los demás están de acuerdo o no con nosotros; contribuye a que conozcamos puntos de vista que podríamos haber ignorado simplemente en razón de prejuicios; favorece la consolidación de una práctica conforme a la cual las decisiones se tomar por consenso, y no como resultado de imposición arbitraria de algún grupo. Finalmente, los procedimientos de discusión nos fuerzan a dar razones acerca de por qué defendemos una posición u otra. Si no lo hacemos –si decimos, simplemente, ‘defiendo esta posición porque sí’, o ‘porque me conviene a mí’–, seguramente tendremos dificultades en ver nuestra propuesta aprobada.²¹³

Por virtud de lo expuesto en varias de las argumentaciones y posiciones sustentadas, el mecanismo de la enmienda constitucional no asegura la necesaria interrelación entre ciudadanía y Estado para el procesamiento de los cambios constitucionales, ni tampoco congrega políticas constitucionales dialógicas y participativas para la profundización democrática.

En consecuencia, y habida cuenta de la urgencia de repensar la política constitucional y su diseño institucional, es imperioso clarificar²¹⁴ las competencias de los órganos que intervienen en procesos de reforma y en mecanismos de democracia directa,²¹⁵ con la finalidad de que las intervenciones institucionales admitan como

²¹³ Roberto Gargarella, “Constitucionalismo *versus* democracia” en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008), 39-0.

²¹⁴ La política constitucional requiere previsibilidad y estabilidad jurídica para ofrecer respuestas institucionales de atención oportuna y clara a las peticiones de los sujetos políticos sobre consultas populares para plebiscitos y referendos. La CC debe ofrecer pronunciamientos que generen certezas jurídicas y protecciones sustanciales a los derechos iusfundamentales en iniciativas ciudadanas. Para un mayor análisis al respecto, puede considerarse las comunicaciones de contestación enviadas por la CC hacia el CNE, donde señala las instituciones y la iniciativa ciudadana que están habilitadas para presentar acciones ante la Corte Constitucional con respecto a procedimientos reformativos según los Arts. 441, 442 y 443 del Estatuto Máximo y de conformidad al Dictamen 001-14-DRC-CC, caso 0001-14-RC. Sobre el tema *in comento*, revisar los siguientes Oficios: No. 1215-CC-SG-SUS-2015 de 19 de marzo de 2015 remitido al Secretario General del Consejo Nacional Electoral, recibido el 24 de marzo de 2015; No. 1216-CC-SG-SUS-2015 de 19 de marzo de 2015 remitido al Secretario General del Consejo Nacional Electoral, recibido el 24 de marzo de 2015; No. 1217-CC-SG-SUS-2015 de 19 de marzo de 2015 remitido al Secretario General del Consejo Nacional Electoral, recibido el 24 de marzo de 2015; No. 1218-CC-SG-SUS-2015 de 19 de marzo de 2015 remitido al Secretario General del Consejo Nacional Electoral, recibido el 24 de marzo de 2015; No. 1220-CC-SG-SUS-2015 de 19 de marzo de 2015 remitido al Secretario General del Consejo Nacional Electoral, recibido el 24 de marzo de 2015.

²¹⁵ A propósito de esta recomendación, cabe tener presente que cuando el CNE recibió pedidos de consulta popular sobre temas relacionados a reforma constitucional y ha solicitado que la CC se

proposición capital que el pueblo es el guardián máximo y último de la Ley Mayor. De modo que las competencias institucionales deben forjar todo cambio constitucional como un diálogo interinstitucional y socio-estatal, concibiendo que los poderes constituidos son transitorios. Por tal razón, cualquier modificación constitucional tendrá legitimidad democrática en la medida en que propicie la participación diversa, igual y plural de todos los ciudadanos sometidos a la regla suprema que, solo así, actúa como cauce de un poder constituyente democrático. Estas formulaciones que propongo coinciden con el pensamiento de Ackerman:

La Constitución dualista ofrece una alternativa más dialógica al sistema excesivamente decisionista (...) En lugar de palabras fáciles acerca de un ‘mandato del pueblo’, los presidentes y representantes deben ganar la autoridad constitucional para pronunciarse a nivel legislativo superior, participando en procesos especialmente arduos de persuasión pública y movilización cívica que requieren repetidos retornos al electorado en busca de apoyo popular para un fundamental cambio de principios.²¹⁶

Dado que en esta sección se concentra la atención respecto de la proyección del pueblo como máximo vigilante del ordenamiento supremo, recordando que para tal fin la política constitucional necesita ser revisada; un tema mínimo para su fortalecimiento es que las peticiones de consulta popular para plebiscito y referendo que provienen de la ciudadanía no pueden estar entrampadas por las actuaciones de organismos públicos que son los llamados a entregar respuestas claras y estimulantes para el ejercicio de los derechos de participación y democracia directa.

Ciertamente, es la ciudadanía quien asume la función de intérprete constitucional en uso de su derecho a la última palabra. Si bien como sujeto político sigue los parámetros

pronuncie al respecto, esta última ya ha contestado indicando que el CNE no cuenta con atribuciones constitucionales ni legales para tener legitimidad activa para presentar acciones relacionadas con el ejercicio de los derechos de participación, incluso ha enfatizado en las normas constitucionales que facultan a quienes están autorizados para los procedimientos de reforma constitucional en torno a los Arts. 441, 442 y 443, dentro de los cuales no se encuentra el organismo electoral, lo cual ha sido también ratificado con el fundamento expresado por la CC en cuanto a que si bien el CNE tiene competencia para “organizar los procesos de referéndum, consulta popular o revocatoria de mandato”, lo cual no puede ser entendido como “capacidad para presentar pedidos a la Corte Constitucional como interesado en dichos procesos constitucionales”. Al respecto, puede consultarse los siguientes Oficios: No. CNE-SG-2015-0234-Of de 19 de febrero de 2015, presentado en la Corte Constitucional el 19 de febrero de 2015; No. CNE-SG-2015-0233-Of de 19 de febrero de 2015, presentado en la Corte Constitucional el 19 de febrero de 2015; No. 000190 de 13 de febrero de 2015, presentado en la Corte Constitucional el 18 de febrero de 2015; No. 000177 de 13 de febrero de 2015, presentado en la Corte Constitucional el 18 de febrero de 2015; No. CNE-SG-2015-0232-Of de 19 de febrero de 2015, presentado en la Corte Constitucional el 19 de febrero de 2015.

²¹⁶ Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal*, 89-0.

normativos para juridificar la democracia, las atribuciones de los poderes públicos²¹⁷ deben velar por resguardar el lugar del pueblo como custodio de la regla constitucional y no en intentar suplantar ese rol.

El problema capital que se abordó en esta subsección es el posible conflicto que se suscita sobre quién debe ser el intérprete final de la Constitución en un proceso de reforma y por qué ese lugar le corresponde al pueblo. Fundamentalmente: porque es el mayor protagonista para controlar los cambios constitucionales y hacer que los límites prefijados se preserven sin generar contradicciones insalvables entre democracia y constitucionalismo.

3.4. Propuestas para la Constitución ecuatoriana

En esta subsección me interesa realizar ciertas observaciones sobre las innovaciones constitucionales que viabilicen un constitucionalismo popular.

La asamblea constituyente está constitucionalizada en el Art. 444 de la norma positiva fundamental. No obstante, su descripción debe estar orientada a su protección porque el poder constituido puede entorpecer su activación. En la referida disposición se reconoce la facultad de impulsar una asamblea constituyente al Presidente, a las dos terceras partes de la Asamblea Nacional y el doce por ciento de personas inscritas en el registro electoral. Esta previsión constitucional puede ser analizada desde dos aristas. La primera, puede ser un contrasentido para el cuerpo constitucional que el poder constituido pueda tener la iniciativa para convocar a una asamblea constituyente, para lo cual una alternativa de cambio consistiría en que solamente la ciudadanía tenga la iniciativa de impulsar una asamblea constituyente. La segunda, consiste en que la potestad de que ciertas autoridades del poder constituido puedan impulsar una asamblea constituyente puede significar un mecanismo de preservación del orden democrático y la continuidad constitucional con relación a conflictos políticos acrecentados que requieren de salidas extremas para una recomposición del sistema político.

De modo que, teniendo presente esas consideraciones, al diseño institucional le correspondería adoptar la primera o segunda arista, aunque mi posición es que únicamente la ciudadanía organizada puede solicitar la convocatoria a una asamblea constituyente. Por otra parte, lo relevante es prefijar que el control de constitucionalidad

²¹⁷ Sobre el asunto de marras, revisar el Dictamen No. 001-13-DCP, caso No. 002-10-CP, donde constan reglas jurisprudenciales obligatorias impuestas por la CC.

debería ser únicamente de carácter formal por parte de la Corte Constitucional o del máximo ente que haga el control, porque este organismo al recibir el pedido de consulta a asamblea constituyente podría negar su realización u obstruir su realización en procura de resguardar un control material que puede desvirtuar la herramienta constituyente. De igual manera, convendría que la descripción suprema del ordenamiento precise normas básicas para la instalación de la asamblea constituyente como el sistema electoral para la elección de sus representantes, el funcionamiento del organismo constituyente y los límites materiales del cambio constitucional que pueda promover.

Otro elemento controvertido se refiere a la contabilización de los votos válidos en la consulta popular a una asamblea constituyente y, en general, en todos los procesos de consulta. La orientación normativa de la Ley Mayor debería ser propensa a reconocer que, en el escrutinio de los resultados, los votos nulos y blancos se sumarían al voto afirmativo en las consultas populares.

La democracia directa y sus dispositivos requieren ser profundizados en la regla suprema del ordenamiento jurídico. Ello, sobre todo, supone incluir el instrumento de la consulta popular para la aprobación y derogación de normas. Otro elemento necesario es fortalecer la iniciativa ciudadana para procesos de reforma constitucional y consulta popular porque las dinámicas para activar estos instrumentos no pueden ser taponadas por la institucionalidad pública con controles que desincentivan o fraccionan las iniciativas de participación. Así, en esta misma lectura constitucionalista popular, conviene discutir si conviene o no mantener la facultad del Presidente de la República de iniciativa de consulta popular para plebiscito en temas que estime convenientes como lo estipula el Art. 104, segundo inciso CRE, por cuanto si se aprecian los excesivos poderes del modelo presidencial híper-poderoso en el diseño institucional y la política pública, esta facultad debería ser robustecida en favor de la ciudadanía en los niveles nacional y subnacional con la finalidad de que la Función Ejecutiva se vea obligada a adoptar otros mecanismos participativos más variados y de manera más frecuente en sus ámbitos gubernativos.

La revisión de las atribuciones y competencias de la Corte Constitucional y la definición de límites a aquellas es ineludible para pensar un diseño institucional con controles equilibrados y frenos adecuados a posibles abusos en el ejercicio del control constitucional. Ello, sobre todo, porque el máximo tribunal en ejercicio de sus atribuciones puede incurrir en ámbitos de mutación o sustitución constitucional que

puedan afectar a las iniciativas ciudadanas en dispositivos de democracia directa o de reforma parcial de la Constitución. Más todavía, el punto neurálgico es que los límites formales y materiales para el cambio constitucional que define la regla suprema también deben ser férreamente observados y cumplidos por el máximo tribunal del país.

El instrumento de la enmienda constitucional debe ser sometido a dos condiciones: la primera, se ciñe a que toda propuesta de enmienda será sometida a aprobación popular en las urnas; o, la segunda, se elimina este instrumento de la Constitución por las razones expuestas en esta investigación. La ciudadanía tiene la iniciativa para impulsar procesos de reforma constitucional, pero carece de instrumentos de pronunciamiento popular para censurar o reprobador el cambio propiciado por enmienda constitucional ejecutada por la AN.

Otro módulo del diseño institucional que considero fundamental y merece una válvula de escape consiste en aquellas iniciativas ciudadanas de reforma constitucional que han sido negadas por el máximo tribunal de control y que podrían ser sometidas a un tratamiento especial para ser sometidas a consulta siempre que, al menos, cumplan con requisitos formales de constitucionalidad. Desde esa misma perspectiva, es oportuna una dilucidación constitucional para aquellos casos de conflictividad sobre la no-reforma de la Ley Mayor. Para decir lo mismo de un modo más esclarecido, ¿puede asentir la regla suprema la invocación del procedimiento de consulta popular por iniciativa ciudadana para no permitir una reforma? y, en otro caso, ¿puede admitir la regla suprema la modificación iusfundamental mediante plebiscito sobre la decisión de un tema concerniente al proceso de reforma constitucional por tratarse de sumo interés ciudadano?

Las autoridades de elección popular son los representantes de la sociedad y su función es de importancia determinante para la calidad de la democracia. En tal sentido, la Ley Mayor debe desarrollar principios básicos para definir el sistema electoral que se utilizará para elegir ese tipo de autoridades y la conformación de organismos pluripersonales. La proposición actual en el Art. 116 CRE que menciona a principios como: proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad deben tener orientaciones más detalladas porque todos los sistemas electorales son proporcionales o buscan algún tipo de proporcionalidad, lo cual ha servido para que la adopción del sistema en la norma infraconstitucional establezca o utilice métodos que no guardan relación con los principios constitucionales generales insinuados.

Otro instrumento de la democracia directa que puede fortalecer la constitucionalización de la participación es la revocatoria del mandato que ha sido desnaturalizada mediante regulaciones normativas y jurisprudenciales que la han convertido en un mecanismo híbrido con componentes de dos tipos de democracia distintos: representativa y participativa, y que desvirtúan su naturaleza directa. Si bien la Ley Mayor adolece de no enunciar la cantidad de votos válidos para el escrutinio de la votación, ni tampoco distingue condiciones de revocatoria según el tipo de autoridad, es indispensable recuperar el diseño de este instrumento como perteneciente a la democracia directa, porque en la actualidad hay principios fusionados de distintos tipos de democracia que ocasionan un engranaje conflictivo para la revocatoria de mandato y han desestimulado su utilización.

La política constitucional popular que aborde el diseño institucional requiere de delimitaciones en temas cruciales. Por tratarse de cuestiones que no admiten una respuesta democrática excluyente y exclusiva, sino, al contrario, varias impugnaciones democráticas, no voy a sugerir los contenidos únicos que pueden consentirse, sino las grandes orientaciones mínimas que supondría una política constitucional popular y su teoría democrática:

i) El procedimiento a seguir por el organismo de control constitucional cuando se presenten varias iniciativas de consulta popular en temas relacionados con reforma constitucional o sobre el mismo tema.

ii) La definición constitucional cuando se presente por iniciativa ciudadana un pedido de consulta popular en un tema relacionado con una solicitud de consulta popular presentado por el Presidente de la República.

iii) La enunciación de los parámetros distintivos u homólogos entre plebiscito y referéndum en la Constitución para la regulación en la norma infraconstitucional y en la norma jurisprudencial de la CC.

iv) La dilucidación sobre la homologación o diferenciación de los requisitos de legitimidad democrática para iniciativa ciudadana en plebiscito y referéndum y el trámite de atención que se aplica para ambos.

v) Dilucidar si el sistema constitucional debe admitir la presentación de simultáneas iniciativas ciudadanas para plebiscito o para referéndum, considerando que si mientras se tramita una no puede presentarse otra como lo dispone el Art. 103 CRE.

vi) La delimitación democrática del actual cruce de competencias entre el organismo electoral y el organismo de control constitucional para la revisión de iniciativas ciudadanas de mecanismos de democracia directa.

vii) La demarcación temporal para el tratamiento de iniciativas ciudadanas de reforma constitucional y de consulta popular por temas de interés nacional o plebiscito en el organismo de control constitucional.

viii) Los límites de control para que un tema de interés por iniciativa ciudadana para plebiscito no se confunda con referéndum.

ix) La definición del tipo de respuestas procedimentales del organismo de control constitucional en cuanto a si conviene o no diferenciar el procesamiento y atención al referéndum y plebiscito: para el primero calificar las preguntas y luego el requisito de la legitimidad democrática y para el segundo instrumento primero calificar la legitimidad democrática y luego el dictamen de constitucionalidad de la o las preguntas o, a su vez, invertir el control para aquellos instrumentos en sus órdenes.

CONCLUSIONES

Para la problematización de la reforma constitucional ecuatoriana, este trabajo de investigación acumula una tradición de estudios críticos del Derecho: la teoría democrática del constitucionalismo popular y se interesó por una reflexión acerca de cuál era el lugar del pueblo dentro del mecanismo de enmienda constitucional implementado por la Asamblea Nacional y los conflictos derivados de las tensiones entre constitucionalismo y democracia que se suscitan en i) el cambio constitucional; ii) la participación del poder constituyente reformador; y, iii) la intersección del poder constituido.

A partir de la descomposición analítica de esos vectores argumentativos, se hallaron las siguientes proposiciones capitales sobre el lugar del pueblo en el cambio iusfundamental:

1) En una democracia constitucional todas las modificaciones a la Norma Suprema deberían ser adoptadas recurriendo en consulta a la soberanía popular, porque de esa manera se respetaría su decisión cuando aprobó el pacto nacional de convivencia expresado en la carta fundamental.

2) El procedimiento de la enmienda constitucional mediante la Asamblea Nacional no es ratificado o desaprobado en las urnas por el soberano. El único mecanismo de control popular a este proceso es mediante la demanda de inconstitucionalidad por cuestiones de procedimiento o vicios formales y únicamente puede presentarse después de la aprobación parlamentaria. Cuando la Corte Constitucional tiene que resolver si una propuesta de cambio constitucional puede ser procesada mediante enmienda ejecutada por la Asamblea Nacional; sin embargo, es una propuesta que engloba temáticas que incurren en algún límite material o en todos los límites materiales de la reforma y, debería ser sustanciado mediante el procedimiento de reforma; pero, existe un dictamen del órgano guardián de la Constitución que dice lo contrario, el pueblo tiene escasas posibilidades de participar y decidir en ese proceso para cuidar el tipo de reforma realizado por enmienda y en el control que pueda hacer a aquella.

3) La existencia del control constitucional a las iniciativas de la ciudadanía para reforma constitucional y consulta popular en el ordenamiento supremo presenta distintas dificultades y esta investigación propone diferentes alternativas para reformular la política constitucional hacia un enfoque popular, donde las decisiones

jurisprudenciales deben inscribirse en condiciones de materialización del pueblo como protagonista central de los cambios de la Ley Mayor y para no restringir las iniciativas ciudadanas.

4) La existencia de distintos procedimientos para el cambio constitucional puede maximizar la discrecionalidad de las entidades públicas que intervienen al momento de la toma de decisiones en su concreción normativa y política.

5) El diseño institucional ecuatoriano no reconoce suficientes condiciones para asegurar la participación social y el seguimiento de la ciudadanía al proceso de enmienda constitucional porque su papel de juez-soberano y guardián máximo de la regla suprema del ordenamiento jurídico es reemplazado por la intervención limitada del poder constituido.

6) Los artificios institucionales para la toma de decisiones constitucionales que contienen márgenes restringidos para la participación social ocasionan la disminución del poder popular en aquellos asuntos concernientes a sus derechos y garantías.

7) La incorporación de los enunciados críticos de la teoría democrática del constitucionalismo popular supone nuevas definiciones y principios constitucionales para la profundización de la soberanía y el poder popular hacia la reformulación del derecho de la ciudadanía para pronunciarse sobre los cambios al ordenamiento constitucional. Para ello, revertir la política constitucional y el diseño institucional se convierte en imperativo para ahondar los derechos del pueblo hacia constituirse en el guardián de la Ley Mayor, lo cual supone mayores capacidades para decidir sobre la última palabra. Cando la ciudadanía no es consultada sobre los cambios iusfundamentales puede ser lesionada en el ejercicio de su voluntad para participar en la vida del Estado. La proposición cardinal que está desarrollada en la investigación es que cuando el soberano participa y es el actor del cambio constitucional: se convierte en el principal juez del control a la reforma constitucional.

8) Las imprevisiones constitucionales y las propias dinámicas –normativas y jurisprudenciales- adoptadas en el procedimiento de diversos instrumentos de democracia directa y participativa, así como ciertos elementos concebidos en la reforma constitucional, podrían configurar un constitucionalismo restrictivo de la voluntad popular que menoscaba las diversidades y los pluralismos necesarios para la vigencia de la democracia constitucional.

9) Los inconvenientes mayores para la participación social en la reforma se desprenden de la Ley Fundamental de 2008 que contiene dispositivos institucionales y

normativos que obstruyen los vasos comunicantes para la implementación de iniciativas ciudadanas como plebiscito y referéndum para viabilizar la modificación constitucional con intervención popular. Así, las provisiones constitucionales sobre plebiscito y referéndum deben ser expresamente declaradas en el texto supremo porque la adjudicación de sus alcances, controles e implementación mediante decisiones legales o jurisprudenciales puede convertirse en síntoma de reducción normativa a sus proyecciones contempladas en la Ley Mayor.

10) Las decisiones máximas de política constitucional por parte de la entidad encargada de cuidar la supremacía de la regla suprema en materia de iniciativa ciudadana de instrumentos de democracia directa no pueden concluirse en la última palabra judicial. El texto constitucional debe ser receptor de la probabilidad de un bloqueo de esta índole y reconocer la opción de que cuando se presente este indicio de conflicto entre el poder constituido y el poder constituyente: la palabra final se resuelva en las urnas con una consulta al soberano.

11) La Constitución ecuatoriana presenta una estructura normativa rígida con procedimientos agravados, límites materiales o pétreos contundentes y procedimientos especiales distintos a los ordinarios, los cuales delimitan las opciones de modificación y asegurarían la supremacía constitucional. No obstante, la institución de la enmienda constitucional origina una fractura a la rigidez normativa y la hace contextualmente flexible porque los controles y garantías para su determinación están sujetos a la decisión judicial de quienes integren la máxima magistratura constitucional.

12) La enmienda constitucional ejecutada mediante el órgano parlamentario contiene mayores restricciones y límites para su realización, lo cual la caracterizaría como la institución más agravada para la reforma; empero, en términos pragmáticos se convierte en la de más factible realización porque únicamente debe recurrir a la intervención de los órganos del poder constituido y prescinde de la voluntad popular final para su consolidación. Ciertamente, la conversión del parlamento en poder constituyente derivado para tramitar una enmienda constitucional es un indicio que perturba los cimientos de la teoría democrática de la norma máxima.

13) Es factible pensar que para toda Ley Fundamental es un fenómeno de gran complejidad la gradación normativa y su escalonamiento para controlar y regular por completo el desempeño de las instituciones encargadas de procesar una enmienda o reforma constitucional, porque son procesos condicionados a interpretaciones jurídicas distintas. De modo que volver a la palabra y la voz del pueblo, como actor ratificadorio

de cualquier cambio constitucional, le permite al sistema constitucional democratizar su perdurabilidad y estabilidad para que el soberano actúe como juez garante y límite participativo del tipo de modificación y su control concurrente.

14) La constitucionalización de la democracia y la participación social en la reforma de la Constitución, para la configuración del orden estatal alentado por ella, exige extinguir las cortapisas que no coadyuvan en la vigencia de una Constitución popular de más alta estirpe soberana.

BIBLIOGRAFÍA

- Aláez Corral, Benito. “La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español”. En *Aequum et Bonum* No. 1, 2003.
- Alterio, Ana Micaela. “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales”. En Gargarella, Roberto y Roberto Niembro Ortega, coords., *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- Alonso, Gabriela L. “Introducción”. En Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- Álvarez Ugarte, Ramiro. “El constitucionalismo popular y los problemas de la ‘última palabra’: apuntes para un contexto latinoamericano”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, No. 1, noviembre de 2012, 75-125.
- Amaya, Jorge Alejandro. *Minorías políticas y procesos mayoritarios. Análisis de la legalidad y legitimidad del artículo 5 de la Ley 24.309 declarativa de la reforma constitucional de 1994*. Buenos Aires: La Ley / Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014.
- Aparicio Pérez, Miguel A. y Barceló i Serramalera, Mercè, coords., *Manual de derecho constitucional*. Barcelona: Atelier, 2012.
- Arango, Rodolfo. “Un nosotros posible”, *El Espectador*, 20/03/2016, Colombia.
- Ayala Mora, Enrique. *Manual de historia del Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, tomo II, 2008.
- Bazán, Víctor. “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”. En Bazán, Víctor, coord., *Desafíos del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1996.
- Bergallo, Paola y Gargarella, Roberto. “Presentación”. En Estlund, David. *La autoridad democrática*. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas.
- Bidart Campos, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- , *Compendio de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2008.
- , *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1988.

- Botella, Joan. “Nostalgia constitucional”, *El País* (Madrid), 26 de noviembre de 2012, disponible en: http://elpais.com/elpais/2012/11/23/opinion/1353677650_374868.html. Consulta: 4 de abril de 2016
- Bresser Pereira, Luiz Carlos y Cunill Grau, Nuria. “Entre el Estado y el mercado: lo público no estatal”. En Bresser-Pereira, Luiz Carlos y Cunill Grau, Nuria, eds., *Lo público no estatal en la reforma del Estado*. Caracas: Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo / Paidós, 1998.
- Bourdieu, Pierre, Jean-Claude Chamboredon y Jean-Claude Passeron, *El oficio del sociólogo. Presupuestos epistemológicos*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2008.
- Burgoa, Ignacio. *Derecho constitucional mexicano*. México, D.F.: Porrúa, 1997.
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Cevallos, primera reimpresión, 2010.
- Cebrián, Juan Luis. “Reconstruir el Estado”, *El País* (Madrid), 20 de septiembre de 2015, disponible en http://elpais.com/elpais/2015/09/19/opinion/1442680976_955218.html. Consultado: 4 de marzo de 2016.
- Colombo Murúa, Ignacio. *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*. Buenos Aires: Astrea, 2011.
- Colón-Ríos, Joel I. “Notas sobre la reforma constitucional y sus límites”. En Juan Carlos Henao, edit., *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la jurisdicción constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia / Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Córdova Vinuesa, Paúl. *Derechos sin poder popular*. Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos / Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013.
- , “Resistencia y deliberación pública: derechos de participación para transformar las relaciones socio-estatales”, *Anales: Revista de la Universidad Central del Ecuador*, No. 371 (marzo de 2013): 257-288.
- , “La Constitución de los comunes. Constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas”. En Slavin, Pablo Eduardo, Támara Rogers y Claudina Orunesu, comps. *Nuevos debates en filosofía y ciencia política*. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2015.

- , “Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular”. Conferencia, XV Jornadas de Ciencia, Filosofía y Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 20 de noviembre de 2015.
- , “La crisis del control de constitucionalidad”. Conferencia, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 16 de septiembre de 2015.
- , “Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios”. Simposio, XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”. El diseño institucional del Estado democrático” en homenaje a Fernando Hinestrosa y Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 17 de septiembre de 2015.
- , “La Constitución des-constitucionalizada. Líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano” en Luis Fernando Torres (edit.), *Debate Constitucional*. Quito: Cevallos, 2016.
- , “Construcción de Indicadores e Índice Social para medir los derechos de participación ciudadana en Ecuador (2014)”. Trabajo de titulación de Magíster en Gestión y Desarrollo Social. UTPL. Quito, 2016.
- , “¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional”. En *Justicia Electoral y Democracia*, No. 3 (Año 2, noviembre de 2015): 21-30.
- , *Derecho Procesal Constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Chemerinsky, Erwin. “En defensa del control de constitucionalidad: los peligros del constitucionalismo populista”. En Chemerinsky, Erwin y Parker, Richard D., *Constitucionalismo popular*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, 2011.
- De Cabo Martín, Carlos. *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Madrid: Trotta, 2010.
- , *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Madrid: Trotta, 2003.
- De Carreras, Francesc. “¿Debe reformarse la Constitución?”, *El País* (Madrid), 2 de diciembre de 2013, disponible en http://elpais.com/elpais/2013/11/29/opinion/1385735281_682771.html. Consultado: 5 de marzo de 2016.
- De Sousa Santos, Boaventura y Avritzer, Leonardo. “Introducción: para ampliar el canon democrático”. En De Sousa Santos, Boaventura, coord., *Democratizar la democracia*.

- Los caminos de la democracia participativa*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Díaz Ricci, Sergio M. *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar / Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Complutense, 2004.
- Durán Smela, Diana. “Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la construcción de la política pública y constitucional del bien común?”. Luis Fernando Álvarez Londoño, edit., *Quaestiones disputatae*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- Estlund, David. *La autoridad democrática*. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Fernández, Tomás-Ramón “Los derechos constitucionales”. En García de Enterría, Eduardo y Manuel Clavero Arévalo, direct., *El Derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Civitas, 1997.
- Ferreira, Raúl Gustavo. “De aquí a la eternidad” *Viento Sur*, Año 6, Número 12, mayo de 2016, Revista de la Universidad Nacional de Lanus, 20-22.
- , “Poder, democracia y configuración constitucional. Momentos de creación y momentos de aplicación del sistema constitucional argentino”. En Bercholz, Jorge, direc., *El sistema político e institucional en la Argentina*. Buenos Aires: Lajouane, 2006.
- , *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2014.
- Font, Joan “Introducción”. En Font, Joan coord., *Ciudadanos y decisiones públicas*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Freedman, Diego y Otero, Juan Manuel. “Diálogo con Roberto Gargarella sobre constitucionalismo popular”. *Jura Gentium*, revista di filosofía del diritto internazionale e della política globales, 2007, publicada en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freeoter.pdf>. Consultada: 24 de agosto de 2016.
- García Jaramillo, Leonardo. “Introducción”, en Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.
- Gargarella, Roberto. “El nacimiento del constitucionalismo popular”. *Revista de Libros* No. 112, abril 2006, Fundación Caja Madrid, 15-18.
- , “El nacimiento del constitucionalismo popular”. En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

- , *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz editores, 2014.
- , “Constitucionalismo versus democracia”. En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- Gil Domínguez, Andrés. *Derechos, racionalidad y última palabra*. Buenos Aires: Ediar, 2014.
- Gil Lozano, Fernanda. “Historia social latinoamericana: pensar la nación” en Elisa Carrió y Diana Maffía, comps., *Búsquedas de sentido para una nueva política*. Buenos Aires: Paidós, 2005.
- Girotti, María Cristina. “Globalización, constitucionalismo, poder constituyente, democracia y DDHH”. En Bercholz, Jorge. *El Estado y la globalización*
- González Jácome, Jorge. “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular”. En Chemerinsky, Erwin y Parker, Richard D., *Constitucionalismo popular*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, 2011.
- Gros Espiell, Héctor. “Constitucionalismo y codificación latinoamericanos”. En Carrera Damas, Germán, direct. y Lombardi, John V. codirect., *Historia general de América Latina*, Madrid: UNESCO / Trotta, volumen V, 2007.
- Guinier Lani y Gerald Torres. “Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements” en *The Yale Law Journal* No.123:2740, 2014, 2796.
- Gutiérrez Calvo, Vera y Fabra, María. “Límites y requisitos de una reforma”, *El País* (Madrid), 3 de junio de 2014, disponible en http://politica.elpais.com/politica/2014/06/03/actualidad/1401824816_614761.html. Consultado: 13 de marzo de 2016.
- Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Trotta, 2010.
- , *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*. Madrid: Paidós, 1999.
- Haddad Linero, Yebraíl. *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.
- Haro, Ricardo. “Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25º aniversario: 1978-2003)”. En Konrad –Adenauer– Stiftung, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Año 11, tomo I. Montevideo: Konrad -Adenauer- Stiftung, 2005.

- Hart Ely, John. *Democracia y desconfianza*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, 1997.
- Hernández Camargo, Lolymer. “El poder constituyente como principio legitimador de la Constitución”. En Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero Ortiz, coords., *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Madrid: Civitas ediciones, 2003.
- Hernández Galindo, José Gregorio. “El control de constitucionalidad sobre los actos reformativos de la Constitución: ¿competencia judicial o poder político?” En Yepes Arcilla, Hernando y Manzano Noguera, María Cristina, edits., *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho Público*. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana / Temis, 2010.
- Hernández Valle, Rubén. “Reforma constitucional y control de constitucionalidad”. En Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo, coords., *El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés*. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Inca Garcilaso de la Vega / Iustitia, 2012.
- Jerome Glennon, Robert. “The role of law in the civil rights movement. The Montgomery Bus Boycott 1955-1957” en *Law and History Review*, Spring 1991, Vol. 9, No. I, 1991, by the Board of Trustees of the University of Illinois.
- Kennedy, Randall. “Martin Luther King's Constitution: A Legal History of the Montgomery Bus Boycott” en *The Yale Law Journal*, vol. 98, No. 6, abril 1989, 1066.
- Kramer, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Leiras, Marcelo. “La incidencia de las organizaciones de la sociedad civil en las políticas públicas. Definiciones, explicaciones y evaluaciones de la literatura especializada local e internacional”. En Carlos H. Acuña y Ariana Vacchieri, comps., *La incidencia política de la sociedad civil*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.
- Martínez Cuadrado, Miguel. “En defensa de la Constitución... y en la conveniencia de su reforma”, *El País* (Madrid), 6 de diciembre de 2015, disponible en http://elpais.com/elpais/2015/12/06/opinion/1449398253_444472.html. Consultado: 6 de marzo de 2016.
- Negri, Antoni. *El poder constituyente. Ensayos sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Libertarias Produfhi, 1994.

- Niembro O., Roberto. “Una mirada al constitucionalismo popular”. *Isonomía* No. 38, abril 2013, 191-224.
- Nino, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “Poder constituyente y reforma constitucional: enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno”. En Häberle, Peter y Domingo García Belaunde, coords. *El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés*. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Inca Garcilaso de la Vega / Iustitia, 2012.
- Parker, Richard. “Aquí el pueblo gobierna. Un manifiesto populista constitucional” en *Constitucionalismo popular* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana, 2011).
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.
- Pérez Royo, Javier. “Problema constituyente”, *El País* (Madrid), 2 de julio de 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/07/02/opinion/1278021605_850215.html. Consultado: 6 de marzo de 2016.
- Post, Robert y Siegel, Reva. “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial”. En Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.
- Ramírez Cleves, Gonzalo. *Los límites a la reforma constitucional y las garantías – límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003.
- , *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- Rovira, Antonio. “Cambio y constitución”, *El País* (Madrid), 24 de julio de 2015, disponible en http://elpais.com/elpais/2015/07/22/opinion/1437583288_424971.html. Consultado: 4 de marzo de 2016.
- Sauca Sano, José María y Wences Simon, María Isabel. “Un mapa contemporáneo de las teorías de la sociedad civil”. En Sauca Sano, José María y Wences, María Isabel edit.,

Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías. Madrid: Trotta, 2007.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución.* Salamanca: Alianza, 1996.

Sieyès, Emmanuel. *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza, 2003.

Storini, Claudia. “Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica” *Revista Ius*, Puebla, vol. 10, No. 37 (enero-junio de 2016).

Tushnet, Mark. *Taking the Constitution away from the courts.* Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

-----, *¿Por qué la Constitución importa?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador [2008]. Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [1966]. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y con entrada en rigor el día 23 de marzo de 1976 de conformidad con el artículo 49, disponible en portal web institucional de la Agencia de la ONU para Refugiados, en la dirección <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>>.

Consulta: 26 de diciembre de 2015.

Convención Americana sobre Derechos Humanos [1969]. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) disponible en portal web de la Organización de los Estados Americanos en la dirección <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Consulta: 26 de diciembre de 2015.

Constitución Política del Perú [1993]. Disponible en portal web institucional del Congreso de la República de Perú, en la dirección <<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Consulta: 22 de diciembre de 2014. También consulté la versión publicada en el portal web institucional del Tribunal Constitucional de Perú, en la dirección <<http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>>, actualizada hasta la modificación incorporada por la Ley No. 28480 publicada el 30-03-2005 en el Diario Oficial El Peruano. Consulta: 25 de diciembre de 2015.

Constitución de la Nación Argentina [1994]. Disponible en portal web institucional del Senado de la Nación Argentina, en la dirección <<http://www.senado.gov.ar/Constitucion/capitulo2>>. Consulta: 22 de diciembre de 2014. También revisé la versión publicada por la Biblioteca del Congreso de la Nación, actualizada hasta la promulgación de la Ley 24.430, publicada en Boletín Oficial de la República Argentina el día 10 de enero de 1995 y disponible en el portal web institucional con la dirección <<http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>>. Consulta: 25 de diciembre de 2015.

Constitución Política de la República de Colombia [1991]. Disponible en el portal web de la Imprenta del Gobierno en <http://www.imprenta.gov.co/portal/page/portal/IMPRENTA/la_imprenta/Normatividad> que contiene la última modificación por el Acto Legislativo 1 de 2008, publicada en el Diario Oficial No. 47.214 de 2008. Consulta: 22 de diciembre de 2015.

Constitución de la República Federativa de Brasil [1988]. Traducción hecha por Antonio López Díaz y César García Novoa del texto vigente de 1988, promulgada el día 5 de octubre de 1988 y publicada en el Diario Oficial da Uniao No. 191-A del día 5 de octubre de 1988. La versión consultada está publicada en Brasilia: Centro Gráfico del Senado Federal, 1990, disponible en portal web de la biblioteca jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la dirección <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1875/2.pdf>>. Consulta: 22 de diciembre de 2015.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [1999]. Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, disponible en portal web de la Organización de Estados Americanos, en la dirección <http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf>. Consulta: 22 de diciembre de 2015.

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia [2009], publicado con fecha 7 de febrero de 2009, en la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, disponible en portal web de la Vicepresidencia Plurinacional de Bolivia en el sistema de información legal del Estado Plurinacional, en la dirección <<http://www.silep.gob.bo/silep/constitucion>>. Consulta: 22 de diciembre de 2015.

Constitución Política de la República de Chile [actualizada hasta 2014], publicada con última reforma mediante Ley 20748 D.O. 03.05.2014 en el Diario Oficial de Chile, disponible en portal web de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile en la dirección

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Consulta: 23 de diciembre de 2015.

Constitución de la República Oriental de Uruguay [1997 con la última enmienda en 2004]. Montevideo: Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda. / Editorial Jurídica de Uruguay Eduardo Esteva / Ingranusi Ltda. El texto de la Constitución que entró en vigor en 1967 es reproducción del incluido en el Registro Nacional de Leyes y Decretos, 1967, t.I, ps. 119-203. El de la reforma constitucional parcial plebiscitada el 8-XII-1996 fue tomado del Diario Oficial No. 24.701, de 9-I-1997. Los de las enmiendas parciales plebiscitadas el 26-XI-1989 y el 27-XI-1994 reproducen los textos de los respectivos proyectos de reforma constitucional, no publicados en el Diario Oficial. En virtud de la técnica constituyente utilizada en 1996, los textos de los artículos, incisos, numerales y ordinales que se incluyen en negra son los verdaderamente adicionados o modificados por la reforma constitucional parcial plebiscitada el 8-XII-1996. De igual modo, se destacan los cambios incorporados por las reformas plebiscitadas en 1989 y 1994. Esta versión está disponible en portal web de la Biblioteca de la Universidad Nacional Autónoma de México en la dirección <biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1739/15.pdf>. Consulta: 23 de diciembre de 2015.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [1917] actualizada hasta reforma de 2014], publicada en la primera sección del Diario Oficial de la Federación con fecha 7 de julio de 2014, disponible en portal web del H. Congreso de la Unión, Legislatura LXII, en la dirección<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm>. Consulta: 23 de diciembre de 2015. También consulté la versión del texto publicada por la Secretaría de la Gobernación, actualizada hasta septiembre de 2014, vigésima primera edición al cuidado de la Dirección General Adjunta del Diario Oficial de la Federación, México, D.F., Talleres Gráficos de México, 2014, disponible en la dirección <http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf>. Consulta: 25 de diciembre de 2015.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Ecuador. Dictamen No. 001-14-DRC-CC, caso 0001-14-RC, Gaceta Constitucional No. 009, publicado en el Registro Oficial No. 009, de 10 de noviembre de 2014, año II.

